

ARBEIDSTAKERS RETT TIL Å UTFØRE ARBEIDSOPPGAVER I OPPSIGELSESTIDEN



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 532
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 17 868 ord

23.11.2010

... Og i et almindelig arbeidsleieforhold kan efter norsk rett utvilsomt en arbeidsgiver si op folk fra sit arbeid efter eget skjønn og godtykke med lovlig frist uten at angi eller påvise noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet - og uten å være underkastet domstolenes kritikk.

*Høyesteretts dom av 22. mai 1935
inntatt i Rt. 1935 s. 467*

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Problemstilling	1
1.2	Aktualitet og betydning	1
1.3	Avgrensninger	2
1.4	Begrepsavklaringer	3
1.5	Metode	4
1.6	Den videre fremstilling	6
2	DET RETTSLIGE LANDSKAPET	7
2.1	Hovedreglene om oppsigelsestid	7
2.2	Hvorfor oppsigelsestid?	9
3	HOVEDREGELEN OM RETT TIL Å UTFØRE ARBEID I OPPSIGELSESTIDEN	11
3.1	Hva kan utledes fra lovteksten?	11
3.2	Hva kan utledes fra rettspraksis?	13
3.3	Arbeidsavtalen som rettslig grunnlag	13
3.4	Hvorfor rett til arbeid?	14
3.4.1	En parallell til reglene om oppsigelsestvist	15
3.4.2	Hensynet til arbeidstakers lønn	15
3.4.3	Hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet	16
3.4.4	Hensynet til den ideelle verdien av å være i arbeid	16
3.5	Konklusjon – hovedregel	19
4	HVA OMFATTER RETTEN TIL Å UTFØRE ARBEID?	20
4.1	Styringsretten i oppsigelsestiden	20
4.2	Særlig om adgangen til endringer og omplassering	21

5	UNNTAK FRA RETTEN TIL Å UTFØRE ARBEID I OPPSIGELSESTIDEN	25
5.1	Kan det gjøres unntak fra retten til å utføre arbeid?	25
5.1.1	Investeringsrådgiverkjennelsen (Rt-2009-1183)	25
5.1.2	Butikk Design-kjennelsen (RG-1996-202)	26
5.1.3	Konklusjon	28
5.2	Generelt om unntaksregelens innhold	28
5.2.1	Hva er vurderingstemaet?	28
5.2.2	Hvilken terskel skal legges til grunn?	30
5.2.3	Tidspunktet for vurderingen	34
6	HVA ER «SÆRLIG TUNGTVEIENDE GRUNNER»?	36
6.1	Oppsigelsen skyldes arbeidstakers forhold	37
6.1.1	Avskjedsliknende tilfeller	37
6.1.2	Mindre graverende forhold	40
6.1.3	Grensetilfellene	41
6.1.4	Konklusjon	45
6.2	Oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold	46
6.2.1	Kan arbeidstaker fratas oppgavene i disse tilfellene?	46
6.2.2	Særlig om nedleggelse av virksomhet	48
6.2.2.1	Force majeure-liknende tilfeller	48
6.2.2.2	Fullstendig nedleggelse av virksomhet	49
6.2.2.3	Delvis nedleggelse av virksomhet	50
6.3	Der arbeidstaker selv sier opp	52
6.4	Andre relevante momenter	54
6.4.1	Betydningen av stillingens nivå	54
6.4.2	Sannsynligheten for at oppsigelsen er ugyldig	57
6.4.3	Konsekvenser for arbeidstaker	58
6.4.4	Særlige forhold ved virksomheten	60
6.4.4.1	Muligheter for omplassering	60
6.4.4.2	Den økonomiske belastningen for bedriften	62
6.4.4.3	Virksomhetens art og bransje	62

7	AVTALEREGULERING AV RETTEN TIL Å UTFØRE ARBEID	64
7.1	Arbeidsmiljølovens ufravikelighet	64
7.2	Fratredelsesavtale	64
7.3	Forhåndsavtale	65
7.3.1	Særlig om virksomhetens øverste leder	65
7.3.2	Oppsigelse fra arbeidsgiver	65
7.3.3	Oppsigelse fra arbeidstaker	66
8	NOEN PROSESSUELLE SPØRSMÅL	68
8.1	Krav om midlertidig forføyning	68
8.2	Rettslig interesse	68
9	KILDER	70
9.1	Lover	70
9.2	Forarbeider	70
9.3	Litteratur	71
9.4	Dommer	72

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Etter at en arbeidstaker er sagt opp fra sin stilling, eller selv sier opp, følger normalt en periode hvor vedkommende fortsetter å arbeide og motta lønn. Dette kalles gjerne oppsigelsestid eller oppsigelsesfrist. Av ulike grunner kan det tenkes at arbeidsgiver ikke vil ha arbeidstaker til å utføre arbeid for bedriften i denne perioden. Arbeidsgiver kan for eksempel hevde at arbeidstaker er en fare for bedriftens gode rykte, kunder eller pasienter, at bedriften må beskytte konkurransesensitiv informasjon, eller at det rett og slett ikke er arbeidsoppgaver å tilby. Arbeidstaker kan på sin side innvende at det vil være en stor påkjenning å bli uten arbeid rett over natten – både for seg selv og familien, at han taper omdømme i forhold til fremtidige arbeidsgivere, mister muligheten til å vedlikeholde og praktisere sine kunnskaper eller taper opptjening av bonus.

Hvilken rett har arbeidstaker til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden? Eller omvendt; hvilken adgang har arbeidsgiver til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden? Dette er avhandlingens tema.

Behandlingen av problemstillingen er todelt. For det første skal det undersøkes hva som er *hovedreglen*, og dernest hvilke *unntak* som kan gjøres fra dette. Det vil gjennomgående være fokus på hvilke hensyn som begrunner de ulike reglene.

1.2 Aktualitet og betydning

Avhandlingens problemstilling er særlig foranlediget av en kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg inntatt i Rt-2009-1183 (Investeringsrådgiver). Saken gjaldt nettopp hvorvidt en oppsagt arbeidstaker hadde rett til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, eller om han måtte nøye seg med å motta

lønn. Kjennelsen fastslo noen klare hovedregler, men skapte samtidig usikkerhet rundt hvilke unntak som kan gjøres. Nærmere bestemt la ankeutvalget til grunn at arbeidstaker kan fratas oppgavene der det er «særlig tungtveiende grunner» som taler for det. Hva som konkret ligger i dette vilkåret ble ikke utdypet, og må derfor utmeisles gjennom teori og rettspraksis. Avhandlingen tar sikte på å være et bidrag til dette.

1.3 Avgrensninger

En viktig avgrensning av problemstillingen er mot situasjoner der arbeidsgiver begjærer arbeidstakers fratreden under en oppsigelsestvist etter arbeidsmiljøloven¹ § 15-11 (2). Slik fratreden gjelder kun for perioden *etter* oppsigelsestiden.² Selv om problemstillingene er beslektede, er det rent juridisk snakk om to ulike forhold. Når arbeidstaker står i stillingen på grunn av en oppsigelsestvist, hviler dette på en prosessuell rett med positiv lovhjemmel i aml. § 15-11. Retten til å arbeide i oppsigelsestiden må derimot springe ut av arbeidsavtalen.³ Av den grunn avgrenses det mot fratreden etter oppsigelsestiden, slik at problemstillingen kun knytter seg til retten til å arbeide *i oppsigelsestiden*. Avhandlingen vil likevel trekke på rettskildemateriale rundt § 15-11. Bakgrunnen for dette omtales nedenfor i punkt 1.5.

I motsatt retning avgrenses det mot adgangen til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene *forut for* en oppsigelse, altså i det løpende arbeidsforholdet. Dette innebærer særlig at permittering og suspensjon ikke vil bli behandlet. Hensynene bak disse reglene kan riktignok være relevante også for avhandlingens tema, og der det er aktuelt vil dette bli drøftet. Avhandlingen tar likevel ikke sikte på noen utførlig behandling av perioden før oppsigelsestiden.

¹ Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (heretter aml.).

² Evju (1979) s. 347, Fougner (2006) s. 832 og Jakhell (2007) s. 454.

³ Se nedenfor i punkt 3.3.

Videre faller i utgangspunktet retten til lønn i oppsigelsestiden utenfor oppgavens tema. Dette vil bli berørt i den utstrekning det har konsekvenser for retten til arbeid, men det gjøres ingen særskilt behandling av reglene for retten til lønn. Dette innebærer blant annet at regler om avkorting av lønn, krav på dagpenger eller lønnsgarantiordningen ikke vil bli behandlet.

Avhandlingen konsentrerer seg om arbeidsforhold som reguleres av arbeidsmiljøloven. Dette innebærer at regler i særlovgivningen, herunder tjenestemannsloven, sjømannsloven og opplæringslova, ikke vil bli behandlet.

Hensynene bak de ulike reglene vil drøftes, men det legges ikke opp til en særskilt rettspolitisk vurdering av den sentrale ankeutvalgskjennelsen i Rt-2009-1183 eller rettstilstanden generelt.

Til slutt presiseres det at avhandlingen ikke tar sikte på en generell behandling av arbeidsgiver styringsrett. Selv om arbeidstakers rett til å arbeide i oppsigelsestiden henger nøye sammen med omfanget av arbeidsgivers styringsrett i denne tiden, vil det føre for vidt med en generell behandling av styringsretten her. Det vises imidlertid til kapittel 4, som blant annet drøfter omplasseringsadgangen i oppsigelsestiden.

1.4 Begrepsavklaringer

For arbeidsgiver- og arbeidstakerbegrepet vises det til definisjonene i aml. § 1-8, hvor arbeidstaker i første ledd defineres til «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste», og i annet ledd; arbeidsgiver som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». En nærmere drøftelse av disse begrepene faller utenfor avhandlingen, og det vises derfor til juridisk litteratur, blant annet Jakhell (2007) s. 32-42.

Den situasjon at arbeidstaker ikke arbeider i oppsigelsestiden, men mottar lønn, har ikke et klart innarbeidet begrep i norsk rett. Det omtales ofte som pålegg om fratreden i oppsigelsestiden, arbeidsfritak, eller fratakelse av arbeidsoppgaver. På engelsk omtales dette uformelt som *garden leave*. Bruken av uttrykket *pålegg om fratreden i oppsigelsestiden* er uheldig, fordi det lett kan sammenblandes med fratreden etter oppsigelsestiden etter aml. § 15-11 (2), hvor arbeidstaker også mister retten til lønn. *Arbeidsfritak i oppsigelsestiden* kan gi et feilaktig bilde av at dette er noe som alltid gagnar arbeidstaker. Likevel tar denne avhandlingen ikke sikte på å lansere et nytt begrep. Alle de nevnte begreper vil derfor bli brukt, men forsøksvis slik at det går klart frem av sammenhengen hva som menes. Ofte vil sisteleddet «... i oppsigelsestiden» utelates for å lette lesevennligheten. Det nevnes heller særskilt dersom det siktes til fratreden eller fratakelse av oppgaver etter oppsigelsen

1.5 Metode

Her skal gjøres noen bemerkninger om særlige forhold ved den juridiske metode som er brukt i avhandlingen.

Den sentrale lov på området er arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62. Direkte regulerer ikke loven avhandlingens problemstilling, men som det senere vil fremgå har Høyesteretts ankeutvalg lagt til grunn at vurderingstemaet i lovens § 15-11 får betydning. Dette innebærer at selv om avhandlingen ikke gjelder fratreden etter aml. § 15-11 (2), får bestemmelsen, dens forarbeider, rettspraksis og juridisk teori betydning for problemstillingen. Det er imidlertid ikke tale om å anvende bestemmelsen eller de tilknyttede rettskildene direkte eller analogisk, men snarere å overføre det *vurderingstema* og de *momenter* som må vurderes etter aml. § 15-11 (2), til drøftelsen av oppgavens problemstilling.

Konkret om de enkelte rettskildefaktorene kan det først bemerkes at forarbeidene til den opphevede arbeidsmiljøloven av 1977⁴ – Ot.prp.nr.41 (1975-1976) – vil brukes flittig. Dette skyldes at dagens aml. § 15-11 i stor grad er en videreføring av § 61 nr. 4 i 1977-loven. Forarbeidene til den nye bestemmelsen viser hyppig til de eldre forarbeidene, både angående hensyn og hvordan bestemmelsen skal forstås. De eldre forarbeidene må derfor anses relevante også for forståelsen av den gjeldende bestemmelsen.

For det andre er det sparsomt med rettspraksis som direkte gjelder spørsmålet om arbeid i oppsigelsestiden. Dette skyldes blant annet at oppsigelsestiden ofte vil være utløpt innen en midlertidig forføyning med krav om å få arbeide kommer for retten. Det gjør det som nevnt nødvendig å se hen til rettspraksis om aml. § 15-11. Samtidig bør de få avgjørelser som gjelder retten til å arbeide *i oppsigelsestiden* tillegges vesentlig mer vekt enn de som gjelder fratreden etter aml. § 15-11. Det er kun de førstnevnte som tar opp i seg de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i oppsigelsestiden.

På grunn av saksbehandlingstiden er det vanskelig å få domstolsapparatets hjelp til å håndheve sin rett til å arbeide i oppsigelsestiden. En metodisk konsekvens av dette kan være at man bør legge særlig vekt på lovens utgangspunkt. Dersom det åpnes for vidtgående unntak, blir retten til å arbeide nærmest overlatt til arbeidsgivers frie skjønn, samtidig som arbeidstaker har få muligheter til å prøve arbeidsgivers beslutning for retten.

Til slutt er det grunn til å fremheve at de høyesterettsavgjørelser som benyttes i avhandlingen, i all hovedsak er videre anker (tidl. videre kjæremål). Etter tvisteloven § 30-6 er ankeutvalgets kompetanse da begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og lovtolking. Bevisbedømmelsen og den konkrete subsumsjonen kan utvalget ikke prøve. Dermed prøves ikke sakene i

⁴ Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

sin fulle bredde for Høyesterett. Hvordan lagmannsretten har benyttet de enkelte momentene vil blant annet ikke bli vurdert. Dette innebærer for det første at det er vanskeligere å trekke klare, generelle konklusjoner fra høyesterettspraksis. For det andre styrker det betydningen av underrettspraksis, når de enkelte momentene får sin endelige avgjørelse i lagmannsretten. Fordi det er *vurderingstemaet* etter § 15-11 som skal benyttes, er det nettopp momentene – ikke nødvendigvis utfallet – som er av størst betydning for avhandlingens problemstilling. Derfor vil det i oppgaven være en utstrakt bruk av underrettspraksis, ikke nødvendigvis for dens rettskildemessige vekt, men fordi slike avgjørelser illustrerer typiske situasjoner og viser hvilke momenter retten vurderer.

1.6 Den videre fremstilling

Avhandlingen starter med et overblikk over det rettslige landskapet problemstillingen befinner seg i: Hvilke regler gjelder og hvilke hensyn begrunner oppsigelsestiden? I kapittel 3 drøftes hovedregelen for avhandlingens problemstilling. Har arbeidstaker som *hovedregel* rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden? Et bekreftende svar på dette sier likevel lite uten å fastslå hva som nærmere ligger i å «utføre arbeid». Kan arbeidstaker settes til å gjøre hva som helst i oppsigelsestiden? Det er tema for kapittel 4. Når hovedregelen og dens nærmere innhold er fastslått, må det undersøkes om det kan gjøres unntak fra den. Finnes det tilfeller der arbeidstaker *ikke* har rett til å utføre arbeid? Hvorvidt det er mulig å gjøre unntak drøftes i kapittel 5. I kapittel 6 følger en grundigere behandling av når det er mulig å gjøre unntak. Er det for eksempel forskjell på situasjoner der oppsigelsen skyldes alvorlige tillitsbrudd fra arbeidstaker, og oppsigelser som skyldes nedbemanning? Det kan også tenkes at arbeidstaker kan frasi seg retten til å arbeide oppsigelsestiden i arbeidsavtalen. Adgangen til slik avtaleregulering drøftes kort i kapittel 7. Siste kapittel er viet enkelte prosessuelle spørsmål.

2 Det rettslige landskapet

Innledningsvis er det nødvendig å heve blikket og si noe generelt om de regler og hensyn som ligger bak selve oppsigelsestiden; det rettslige landskapet må opptegnes. Hvilken rett arbeidstaker har til å *utføre arbeidsoppgaver* i oppsigelsestiden, som er oppgavens tema, kan påvirkes av de øvrige reglene om oppsigelsestid. For eksempel vil en lang oppsigelsestid kunne tale mot en sterk rett til å utføre arbeidsoppgaver i hele denne perioden.

2.1 Hovedreglene om oppsigelsestid

Det rettslige grunnlaget for oppsigelsestid kan være både lov, arbeidsavtale, og tariffavtale.

Den sentrale lovbestemmelsen er aml. § 15-3. Hovedregelen etter loven er en oppsigelsesfrist på én måned, med mindre noe annet følger av arbeidsavtale eller tariffavtale, jf. første ledd første punktum. Av annet punktum følger det videre at arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker på forhånd ikke kan avtale *kortere* oppsigelsestid enn dette. En slik avtale må i tilfelle inngås etter at oppsigelse har funnet sted, eller kollektivt med arbeidstakernes tillitsvalgte i tariffavtale. Av dette følger to ting: For det første kan partene, *etter* eller i forbindelse med oppsigelsen, gjerne bli enige om å avslutte arbeidsforholdet om en uke, dersom de ønsker det. For det andre kan partene når som helst avtale *lengre* oppsigelsestid enn én måned. Det sentrale er at ingen av partene på forhånd kan fraskrive seg retten til å gjøre lovens oppsigelsesfrist gjeldende.⁵

Oppsigelsesfristen løper fra første dag i måneden etter at oppsigelsen er inngitt, jf. aml. § 15-3 (4). Leverer arbeidstaker sin oppsigelse 15. april, varer lovens oppsigelsestid til 31. mai.

⁵ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 70.

Enkelte grupper av arbeidstakere har avvikende regler om oppsigelsestid. For det første gjelder et ansiennitetsprinsipp, slik at lengre ansettelsestid gir lengre oppsigelsestid. Etter aml. § 15-3 (2) gjelder en gjensidig oppsigelsesfrist på henholdsvis minst to og tre måneder for en ansatt med fem eller ti års sammenhengende ansettelse i bedriften.

Disse ansiennitetsreglene har en side både til arbeidstaker og arbeidsgiver. Ved mer enn ti års ansettelse er tilknytningen til arbeidsplassen gjerne særlig festnet og sterk. Arbeidstaker har for eksempel innrettet sin bo- og livssituasjon etter arbeidets plassering og lønn. Men også for bedriften har antakeligvis ansatte med over ti års fartstid rukket å bli sentrale nøkkelpersoner. De kjenner rutinene, arbeidsoppgavene, kundene, datasystemene. Å finne en fullverdig erstatter tar tid.

Dersom det er arbeidsgiver som går til oppsigelse, er ansiennitetsprinsippet i tillegg koblet med et aldersprinsipp i aml. § 15-3 (3). Arbeidstaker som har minst ti års ansettelsestid og er 50 år eller eldre, har minst fire måneders oppsigelsestid, og tilsvarende fem måneder etter fylte 55 år og seks måneder etter fylte 60 år. Dersom en arbeidstaker på 50 år eller eldre, *selv* sier opp sin stilling, er imidlertid minste oppsigelsestid fortsatt tre måneder.

Reglene om aldersavhengig oppsigelsestid er i hovedsak gitt av hensyn til arbeidstaker, og skal sikre eldre arbeidstakere med lang tilsetningstid et særlig vern.⁶ Tanken er at en arbeidstaker som blir oppsagt i høy alder normalt vil ha større problemer med å finne en ny relevant stilling og har færre muligheter for omskolering.

⁶ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 70.

For deltakere i arbeidsmarkedstiltak, prøvetidsansatte og permitterte arbeidstakere, og ved uforutsette ekstraordinære hendelser gjelder særlige oppsigelsesfrister. Dette omtales imidlertid ikke nærmere her.⁷

Til slutt er det grunn til å minne om at ovennevnte regler er minstenormer. Gjennom arbeidsavtalen er det mulig for partene å avtale lengre oppsigelsesfrister, så lenge de ovennevnte minstekravene blir respektert, jf. aml. § 15-3 (8), og avtalen ikke er til ugunst for arbeidstakeren, jf. § 1-9.

2.2 Hvorfor oppsigelsestid?

Hvor arbeidsforholdet bringes til opphør gjennom oppsigelse fra en av partene, vil det nødvendigvis oppstå behov for begge parter til å tilpasse seg den nye situasjonen. Hvor arbeidstaker selv har sagt opp stillingen, vil arbeidsgiver kunne ha behov for å gå til nyansettelser for å erstatte den oppsagte, eventuelt foreta omstruktureringer i bemanningen eller driften. Arbeidstaker vil måtte se seg om etter en ny stilling.

Hvor det er arbeidsgiver som går til oppsigelse, gjør de velferdsmessige hensynene seg særlig sterkt gjeldende. Dersom arbeidstakeren skulle miste inntekten fra den ene dagen til den andre, ville det kunne ha store konsekvenser for både egen og nærståendes økonomiske situasjon. Den eventuelle sosiale stigmatiseringen ved å måtte gå på dagen – privat og i arbeidslivet – skal heller ikke undervurderes.

Gjennom en rett og plikt for arbeidstaker til å stå i stillingen i oppsigelsestiden, gis begge parter en viss tid til å avvikle arbeidsforholdet og tilpasse seg den nye situasjonen.

⁷ Se likevel punkt 6.2.2.1 om ekstraordinære hendelser.

At arbeidsforholdet først opphører etter en viss frist – oppsigelsesfristen – er i denne sammenhengen det som skiller oppsigelse fra avskjed.⁸ Ved avskjed heves arbeidsavtalen med umiddelbar virkning, slik at arbeidstakers rett til lønn og arbeidsgivers rett til arbeidsytelsen faller bort gjennom hevingserklæringen.

Samtidig er ikke oppsigelsestid nødvendigvis et gode for begge parter. Arbeidstaker kan allerede ha funnet seg en ny stilling som han ønsker å tiltre så fort som mulig. I en slik situasjon slår nødvendigvis ikke hans motivasjon, engasjement og arbeidsvilje ut i den gamle arbeidsgiverens favør. På den måten kan oppsigelsestiden bli en hemsko for både arbeidstaker og virksomheten. Og tilsvarende på motsatt side: Virksomheten kan ha gått til oppsigelse på grunn av en større nedbemanning, og ønsker å kvitte seg med lønnsforpliktelsen så tidlig som mulig.

Ikke sjelden er den ene partens behov for en overgangsperiode i konflikt med den andre partens behov for en rask effekt av oppsigelsen. Det er i dette spenningsfeltet reglene om oppsigelsestid søker å skape avklaring.

⁸ Se Evju (1980) s. 343.

3 Hovedregelen om rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden

En arbeidstaker er oppsagt. I arbeidsavtalen har han seks måneders oppsigelsestid, men arbeidsgiver vil han skal gå på dagen. Hvilken rett har han til å kreve å få utføre sine arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden? Det er problemstillingen i dette kapitlet.

Nedenfor følger en drøftelse av hovedregelen, dens rettslige grunnlag og de hensyn som ligger til grunn for den. Hvorvidt det kan tenkes unntak fra denne hovedregelen, og i tilfelle hvilke, drøftes i neste kapittel.

3.1 Hva kan utledes fra lovteksten?

Det er først nødvendig å undersøke om loven gir svar på hvilken rett arbeidstaker har til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden.

I kapittel 2 er det redegjort for at loven setter visse formelle rammer for oppsigelsestiden. Samtidig er det klart at den ikke inneholder noen nærmere krav til *innholdet*. Direkte gir derfor lovteksten lite veiledning for å besvare problemstillingen.

Lovens system for avvikling av arbeidsforhold kan imidlertid gi en viss veiledning. Normalt avsluttes arbeidsforholdet enten ved oppsigelse eller ved avskjed/heving. Ved avskjed etter aml. § 15-14 (1) faller arbeidstakers rett til lønn og til å utføre arbeid bort umiddelbart. Det andre sporet er oppsigelse, hvor fratreden *ikke* skjer umiddelbart. En slik ordning må nødvendigvis forutsette at det i oppsigelsestilfeller består visse rettigheter og plikter også etter oppsigelsestidspunktet.

En 'fra det mer til det mindre'-slutning fra ordlyden i aml § 15-11 (2) kan også anføres til støtte for et slikt utgangspunkt.⁹ Bestemmelsens gir arbeidstaker rett til å stå i stillingen *etter* oppsigelsestiden ved tvist om oppsigelsens gyldighet. Bestemmelsen må da kunne sies å forutsette at det finnes en rett til å stå i stillingen *i* oppsigelsestiden.

Flere argumenter i tilknytning til lovteksten taler derfor for at arbeidstaker i det miste har rett til å *stå i stillingen* ut oppsigelsestiden. Men omfatter dette også en rett til å utføre arbeidsoppgaver? Hva retten til å stå i stillingen etter aml.

§ 15-11 (2) nærmere skal inneholde fremgår ikke av loven. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 er det i tilknytning til denne bestemmelsen imidlertid uttalt at

«[s]iktemålet med å gi arbeidstakeren rett til å fortsette i stillingen, er [...] ikke bare at arbeidstaker skal ha rett til lønn, men også rett til fortsatt å få *utføre arbeid i oppsigelsestiden* og inntil tvisten er avgjort».¹⁰

Lovens formål tilsier derfor at arbeidstaker har en viss rett til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden.

I sum må det sies at lovens ordlyd ikke gir klare svar på problemstillingen. Lovens system trekker likevel i retning av at det finnes en rett for arbeidstaker til å stå i stillingen i oppsigelsestiden, og lovens forarbeider og formål trekker i retning av at dette omfatter en rett til arbeidsoppgaver. Det er nødvendig å undersøke rettspraksis for å definere nærmere hva som ligger i retten til å stå i stillingen i oppsigelsestiden.

⁹ RG-2009-945 (Borgarting).

¹⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 235 [min kursivering].

3.2 Hva kan utledes fra rettspraksis?

En kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg inntatt Rt-2009-1183 gjaldt en investeringsrådgiver som ble pålagt å fratre med umiddelbar virkning, men med rett til lønn og andre ytelser ut oppsigelsestiden. Ankeutvalget la først til grunn at retten til lønn i oppsigelsestiden er absolutt: «Det er på det rene at en oppsagt arbeidstaker innenfor oppsigelsestiden ikke kan fratas retten til lønn».

Arbeidstaker krevde imidlertid også å få *arbeide* i oppsigelsestiden. Om dette uttalte ankeutvalget:

«Lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at en oppsagt arbeidstaker som hovedregel har rett til ikke bare å motta lønn, men også å utføre arbeid i oppsigelsestiden.»¹¹

Kjennelsen vil bli nærmere omtalt nedenfor i punkt 5.1.1 flg. Det sentrale i denne sammenhengen er imidlertid at ankeutvalget helt generelt slår fast en hovedregel om at arbeidstaker har *rett til å utføre arbeid* i oppsigelsestiden.

Uttalelsen er klar, uforbeholden, enstemmig og kjennelsen er av nyere dato. Den står således rettskildemessig sterkt, og må sies å ha avklart hva som er hovedregelen i oppsigelsestiden.

Ankeutvalget har imidlertid ikke begrunnet standpunktet nærmere. Det er derfor av interesse å analysere Høyesteretts standpunkt gjennom en tolkning av andre rettskilder. Hvorfor skal arbeidstaker nødvendigvis ha rett til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden?

3.3 Arbeidsavtalen som rettslig grunnlag

I drøftelsen av hovedregelens rettslige grunnlag, er det nødvendig å holde fast ved det grunnleggende utgangspunktet: Innenfor rammen av preseptorisk lovgivning, forskrifter og gjeldende tariffavtaler, er det den individuelle

¹¹ Rt-2009-1183 premiss 25.

arbeidsavtalen som under det løpende arbeidsforholdet regulerer arbeidstakers rett til lønn, og rett/plikt til å utføre nærmere definerte arbeidsoppgaver.

Selv om arbeidsavtalen sies opp, faller ikke disse rettighetene og pliktene bort før ved utløpet av oppsigelsesfristen. Utgangspunktet må være at disse rettighetene består uendret selv om en av partene har gått til oppsigelse.¹² Dette skiller oppsigelse fra avskjed. Som under det løpende arbeidsforholdet, må derfor arbeidstakers rett til lønn og til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden ha sitt rettslige grunnlag i arbeidsavtalen.

Konklusjonen må derfor bli at arbeidsavtalen er styrende også for oppsigelsestiden, slik at en rett til å arbeide i oppsigelsestiden derfor kan utledes fra denne.

3.4 Hvorfor rett til arbeid?

Som vi har sett, har Høyesteretts ankeutvalg lagt til grunn en hovedregel om rett til arbeid i oppsigelsestiden. Et slikt standpunkt er imidlertid ikke opplagt, og juridisk teori har konkludert ulikt. Evju og Friberg har vært på linje med ankeutvalgets standpunkt.¹³ Fanebust har derimot tatt til orde for at retten til å stå i stilling bare bør omfatte retten til lønn.¹⁴ Det samme har vært lagt til grunn i eldre underrettspraksis.¹⁵ Grunnen er i hovedsak at hensynet til arbeidstakers velferd og økonomi ikke gjør seg særlig sterkt gjeldende når vedkommende beholder lønnen i oppsigelsestiden.

¹² Forutsatt i Ot.prp.nr.49 (2005-2006) s. 336-337.

¹³ Se Evju (1979) s. 346 og Friberg (1996) s. 425.

¹⁴ Se Fanebust (2001) s. 336.

¹⁵ Fra lagmannsrettens dom inntatt på s. 799 i Rt-1979-770: «En arbeidstager antas ikke å ha noe alminnelig krav på å få utføre arbeid i oppsigelsestiden.»

Hensikten med dette punktet er derfor å drøfte hvilke *hensyn* som ligger bak ankeutvalgets standpunkt om at arbeidstaker har rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

3.4.1 En parallell til reglene om oppsigelsestvist

Det kan først være nyttig å se på hvilke hensyn som begrunner reglene om retten til å stå i stilling ved oppsigelsestvist i aml. § 15-11 (2). Direkte gjelder disse reglene kun *etter* oppsigelsestiden, men de hensyn som begrunner at arbeidstaker skal ha rett til å utføre arbeidsoppgaver *utover* oppsigelsestiden, kan også være relevante for å begrunne den samme retten *i* oppsigelsestiden.

Da retten til å stå i stilling ble innført i 1977, var det i følge forarbeidene to hovedhensyn som lå bak.¹⁶ For det første skulle det sikre kontinuitet i arbeidsforholdet, slik at det var lettere for arbeidstaker å fastholde stillingen dersom oppsigelsen senere ble kjent ugyldig. For det andre skulle regelen verne om arbeidstakers lønn. Regelen ble med samme begrunnelse videreført i någjeldende arbeidsmiljølov av 2005.¹⁷

Er disse hensynene – lønn og kontinuitet – også relevante for å begrunne retten til å utføre arbeid *i oppsigelsestiden*?

3.4.2 Hensynet til arbeidstakers lønn

Hensynet til å verne om arbeidstakers lønn er ikke like relevant her.¹⁸ Arbeidstakers rett til lønn er som nevnt ovenfor i punkt 3.2 absolutt i oppsigelsestiden, jf. kjennelsen i Rt-2009-1183. Spørsmålet blir heller motsatt; hvorfor arbeidstaker, når han mottar lønn, også skal ha krav på å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Hvilke andre hensyn spiller inn?

¹⁶ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 21-22.

¹⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 237-238 og Ot.prp.nr.24 (2005-2006) s. 5.

¹⁸ Se likevel 6.4.3 nedenfor om prestasjonsbasert lønn mv.

3.4.3 Hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet

Hensynet til å sikre kontinuitet i arbeidsforholdet kan tenkes å få betydning, om enn i mindre grad og på en annen måte enn i tvistsituasjonene etter aml. § 15-11.

Der det foreligger tvist om oppsigelsens gyldighet, må hensynet til kontinuitet gjelde vel så sterkt *i* oppsigelsestiden som etter. Kontinuitetshensynet går som nevnt ut på å gjøre det praktisk mulig for arbeidstaker å kunne fortsette i stillingen dersom oppsigelsen senere kjennes ugyldig. Det har derfor formodningen mot seg at arbeidstaker skulle ha et svakere vern *i* oppsigelsestiden, hvor retten til å arbeide hviler på arbeidsavtalen, enn *etter* oppsigelsestiden og frem til dom, hvor retten hviler på aml. § 15-11 (2).

Men i motsetning til tilfellene som vil gi rett til å stå i stillingen etter aml. § 15-11 (2), må det nødvendigvis ikke foreligge oppsigelsestvist for at spørsmålet om retten til å arbeide i oppsigelsestiden skal komme på spissen. Det kan tenkes at arbeidstaker godtar å slutte etter endt oppsigelsestid, men likevel krever å få arbeide frem til dette tidspunktet. Det konkrete arbeidsforholdet er da under avvikling, og hensynet til kontinuitet i dette arbeidsforholdet er dermed ikke like aktuelt. Imidlertid gjør hensynet til å sikre kontinuitet i arbeidsaktiviteten seg gjeldende, og dette leder over i neste punkt.

3.4.4 Hensynet til den ideelle verdien av å være i arbeid

En tredje gruppe av hensyn som kan begrunne en rett for arbeidstaker til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, knytter seg til mer velferdsmessige betraktninger som ikke er av direkte økonomisk karakter. Som en fellesbetegnelse kan dette omtales som *hensynet til den ideelle verdien av å være i arbeid*.¹⁹ Disse hensynene gjør seg ikke bare gjeldende i oppsigelsestiden, men også i det løpende arbeidsforholdet. Når det fremgår av forarbeidene at retten til

¹⁹ Sundet (2006) s. 116.

å utføre arbeid er et selvstendig formål, uavhengig av retten til lønn,²⁰ er det formodentlig hensyn av denne karakter det siktes til. En rekke omstendigheter kan samles under dette hensynet, som illustreres best med noen eksempler fra rettspraksis.

Kjennelsen inntatt i RG-1991-1106 gjaldt en bankdirektør som ble fritatt for arbeidsplikt i oppsigelsestiden på fem måneder. Han krevde imidlertid å få gjeninntre i samme stilling og utføre arbeid i oppsigelsestiden. I rettens merknader legges det blant annet vekt på de velferdsmessige konsekvenser for arbeidstakeren:

«Retten vil i denne forbindelse spesielt peke på at man her ikke har med tekniske forhold – men med mennesker å gjøre. Det er en helt annen situasjon for B å ha lønn og arbeidsadgang med alle rettigheter enn utelukkende å ha lønn med økonomiske rettigheter. Ikke minst med så lang oppsigelsestid som 5 måneder, vil dette måtte være en personlig påkjenning av en helt annen karakter enn å stå i stilling i hele oppsigelsesperioden med alle rettigheter.»²¹

Vi ser at det legges vekt på den *personlige påkjenning* av ikke å få utføre arbeid. Retten ga, blant annet på bakgrunn av det ovennevnte, bankdirektøren fullt medhold og rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

I flere avgjørelser har også arbeidstakers muligheter for å *vedlikeholde sin kompetanse* vært sentralt. Saksøkende arbeidstaker i TOBYF-2009-60163 hadde blant annet «påberopt seg behovet for å pleie sin kompetanse og sine kontakter frem til oppsigelsen [ville] bli kjent ugyldig».²² Etter en konkret avveining kom imidlertid retten til at det var et mindre inngrep overfor arbeidstaker at han ikke fikk arbeide i oppsigelsestiden, enn om bedriften måtte ta han tilbake mot dens vilje – og ga bedriften medhold. Saken omtales nærmere nedenfor i 5.1.1 flg.

²⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 235.

²¹ RG-1991-1106 (Tønsberg byrett).

²² TOBYF-2009-60163 (Oslo byfogdembete). Saken ble endelig avgjort av Høyesteretts ankeutvalg i Rt-2009-1183 (Investeringsrådgiver), hvor anken ble forkastet.

Hensynet til vedlikehold av kompetanse var også fremme i Drammen tingretts kjennelse av 19. august 2010. En oppsagt overlege var pålagt umiddelbar fratreden i oppsigelsestiden, men i følge retten kunne hans «bemerkning om at dette innebærer at ”fingrene stivner” som på en pianist, [...] ikke veie tungt nok og medføre et annet resultat». Hans begjæring om midlertidig forføyning med krav om gjeninntreden i oppsigelsestiden ble ikke tatt til følge, og hans anke ble senere forkastet av lagmannsretten.²³

En liknende sak, men med motsatt utfall, er en kjennelse fra Moss tingrett av 7. september 2010. Saken gjaldt en sykehuskirurg som var oppsagt med pålegg om å fratre i oppsigelsestiden, men med lønn. Hun begjærte midlertidig forføyning med krav om gjeninntreden i stillingen, og fikk medhold. I sin begrunnelse la retten blant annet vekt på at

«...[arbeidstaker] er gastrokirurg og [...] vil lide et profesjonelt tap dersom hun pålegges å være ute av virksomhet for den perioden en rettslig behandling vil kunne ta. En lengre utestengning vil kunne føre til at hun avskjæres fra tilsvarende arbeid i helsevesenet. Det gastrokirurgiske miljøet i Norge er lite og ryktespredning er et problem. Arbeidsnekt vil kunne underbygge rykter om at hun er en fare for pasienters liv og helse.»²⁴

I saken ble det altså ikke bare lagt vekt på at arbeidstaker hadde behov for å vedlikeholde sin kompetanse, men også på at hun ville lide et *profesjonelt tap* om hun ble nektet å arbeide. Kjennelsen viser at opprettholdelse av arbeidstakers omdømme kan være et relevant hensyn.

Som man ser av de omtalte dommene, anføres ulike *ideelle verdier av å være i arbeid* som sentrale hensyn for å begrunne arbeidstakers rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

²³ LB-2010-152755.

²⁴ Moss tingretts kjennelse av 7. september 2010. Anken forkastet i LB-2010-160933 (Borgarting).

I tillegg til slike individuelle betraktninger knyttet til den enkelte arbeidstaker, må man under dette hensynet også kunne henføre *samfunnsmessige* betraktninger. Den samfunnsmessige verdien av at flest mulig er i arbeid, og dermed bidrar til verdiskaping, er et moment som taler for en hovedregel om at arbeidstaker bør har rett til å utføre arbeid – ikke bare motta lønn.

Konklusjonen i dette punktet må bli at det er de ideelle verdiene av å være i arbeid – for samfunnet og den enkelte – som best kan begrunne en hovedregel om at arbeidstaker har rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

3.5 Konklusjon – hovedregel

For det første må det legges til grunn en *hovedregel* om at arbeidstaker ikke bare har rett til å motta lønn, men også til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Dette følger av ankeutvalgets kjennelse i Rt-2009-1183.

Videre må *det rettslige grunnlaget* for at arbeidstaker har en slik rett bygge på kontraktsrettslige betraktninger. Den rett og plikt til å utføre arbeid som følger av arbeidsavtalen må også gjelde i oppsigelsestiden.

Til slutt; det mest sentrale *hensynet* bak en slik hovedregel er hensynet til den ideelle verdien av å være i arbeid. De hensyn som begrunner retten til å stå i stilling ved oppsigelsestvist i aml. § 15-11, gjør seg ikke like sterkt gjeldende når arbeidstaker mottar lønn.

4 Hva omfatter retten til å utføre arbeid?

Hva som ligger i arbeidstakers rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden må nærmere defineres. Kan arbeidstaker settes til å gjøre hva som helst?

4.1 Styringsretten i oppsigelsestiden

Som det er konkludert med i forrige kapittel, er det rettslige grunnlaget for retten til å utføre arbeid fortsatt arbeidsavtalen, som består uendret i oppsigelsestiden. Legges dette til grunn, må det innebære at arbeidstaker fortsatt har rett til å utføre de oppgaver som ligger til stillingen og som følger av arbeidsavtalen.

At dette er utgangspunktet støttes av forarbeidene til aml. § 15-11. Her heter det at «[r]etten til å fortsette i stillingen innebærer at partenes gjensidige rettigheter og plikter består så lenge behandlingen av oppsigelsessaken pågår».²⁵ På den annen side presiseres det at arbeidstaker ikke har noen *sterkere* rett selv om det foreligger en tvistsituasjon:

«Selv om utgangspunktet er at arbeidstaker har rett til å utføre de funksjoner som ligger til stillingen, innebærer ikke fortsettelsesretten noen begrensning i arbeidsgivers styringsrett. De endringer som arbeidsgiver kan foreta før oppsigelsen med hensyn til arbeidsoppgaver, ansvarsforhold, arbeidsted, arbeidstidens plassering, arbeidsorganisatorisk plassering med videre, kan arbeidsgiver fortsatt gjøre mens arbeidstaker fortsetter i stillingen under sakens behandling.»²⁶

Forarbeidene legger altså til grunn at arbeidsgivers styringsrett ikke blir mer omfattende der arbeidstaker står i stillingen på grunn av en oppsigelsestvist. I Arbeidslivslovutvalgets utredning til arbeidsmiljøloven 2005, under beskrivelsen av gjeldende rett, er det imidlertid inntatt en formulering som avviker noe fra dette:

²⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 336.

²⁶ l.c.

«Visse justeringer ut fra hensynet til situasjonen vil også kunne godtas, så fremt disse ikke foretas for å omgå det vern som ligger i retten til å stå i stillingen.»²⁷

Uttalelsen antyder en viss utvidelse av arbeidsgivers styringsrett i oppsigelsestiden. Samtidig kan det neppe legges for mye i dette. Styringsretten er i sin natur dynamisk; behovet for å utøve styring vil nødvendigvis være i kontinuerlig endring. En vanlig definisjon er at arbeidsgiver har «rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».²⁸ Å si at styringsretten må ses i sammenheng med «hensynet til situasjonen», jf. ovenfor, er dermed kun å påpeke det selvsagte i at rettens innhold aldri er konstant, men heller en restkompetanse.²⁹

Det som hittil er sagt om styringsretten må også gjelde i oppsigelsestiden. Selv om arbeidstaker er oppsagt, behøver han ikke finne seg i større endringer i arbeidets innhold enn han ellers måtte ha gjort.

4.2 Særlig om adgangen til endringer og omplassering

I oppsigelsestiden kommer spørsmålet om styringsrettens grenser gjerne på spissen i forbindelse med at arbeidsgiver vil omplassere arbeidstakeren den siste tiden, mens arbeidstaker heller vil utføre de samme oppgavene som før – eventuelt ikke arbeide i det hele tatt.

Som vi har sett er hovedregelen at arbeidstaker har rett til å utføre det arbeid som følger av arbeidsavtalen, også i oppsigelsestiden. Styringsretten er i utgangspunktet ikke mer omfattende enn ellers. Arbeidsgiver kan således ikke automatisk omplassere arbeidstaker kun fordi han er i oppsigelsestid.

²⁷ NOU 2004:5 s. 322.

²⁸ Rt-2000-1602.

²⁹ Fougner (2007) s. 157 flg. og Storeng (2006) s. 35-36.

Den såkalte Jordmordommen inntatt i Rt-1964-1345 er illustrerende i så måte. En oppsagt jordmor ble pålagt å utføre arbeid som assistentsykepleier i oppsigelsestiden, fordi fødeavdelingen hvor hun hadde jobbet var nedlagt. Høyesterett kom imidlertid til at sykehuset ikke hadde adgang til å pålegge henne slikt arbeid, og mente at «arbeidet som jordmor ved sykehuset etter den dokumenterte instruks atskilte seg markert fra sykepleierarbeidet, slik at det ikke gjaldt overføring til et likeartet arbeid».³⁰ Høyesterett oppstilte således en grense for hvilke omplasseringer som kan gjøres. Tolkes utsagnet antitetisk kan man si at så lenge arbeidstaker overføres til likeartet arbeid, må han finne seg i dette. Denne saken gjaldt imidlertid oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold. Det kan innvendes at omplasseringsadgangen må være videre der oppsigelsen skyldes forgåelser fra arbeidstaker.

En kjennelse fra Borgarting lagmannsrett av 25. mars 2010 drøfter også disse problemstillingene.³¹ En daglig leder i en mediebedrift hadde selv sagt opp sin stilling, og ble deretter i stor grad fratatt de fullmakter og oppgaver som lå til stillingen i oppsigelsestiden. Han mente dette var et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen og hevet den med umiddelbar virkning. Spørsmålet var blant annet om de endringer styret hadde gjort i hans arbeidsoppgaver lå innenfor arbeidsgivers styringsrett.

Lagmannsretten la først til grunn at spørsmålet «må avgjøres på grunnlag av en tolking og utfylling av [arbeidstakers] arbeidsavtale».³² Lagmannsretten slo altså fast det samme rettslige grunnlag som ovenfor, nemlig at arbeidsavtalen er avgjørende for hvilket arbeid som skal utføres i oppsigelsestiden. Samtidig uttalte retten at «[v]ed vurderingen av om endringene kunne foretas innenfor stillingens ramme må utgangspunktet tas i den aktuelle situasjon».³³ Med 'den aktuelle

³⁰ Rt-1964-1345.

³¹ RG-2010-488. Anken til Høyesterett forkastet, jf. HR-2010-767-U.

³² I.c.

³³ I.c.

situasjon' siktes det formodentlig til oppsigelsessituasjonen. På denne måten antydet lagmannsretten en videre styringsrett i oppsigelsestiden.

Retten gjorde så en konkret vurdering av om de endringer arbeidsgiver gjorde i daglig leders arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden lå innenfor styringsretten. I vurderingen trakk retten frem ulike momenter den spesielt la vekt på:

«For det første hadde Joramo selv sagt opp sin stilling. [...] For det andre var endringen tidsbegrenset. [...] For det tredje var Joramo daglig leder i selskapet. For det fjerde [...] hadde selskapet et åpenbart behov for å beskytte seg mot mulig illojal aktivitet i oppsigelsestiden. For det femte tilsier hensynet til selskapets virksomhet at i oppsigelsestiden må en daglig leder som har sagt opp, kunne disponeres slik at behovet for forretningsmessig kontinuitet ivaretas og slik at selskapets mulighet til fortsatt drift og utvikling ikke blir forringet.»³⁴

Noen av enkeltmomentene retten trakk frem skal omtales nærmere i kapittel 6, om hvilke unntak som kan gjøres fra retten til å utføre arbeid. Det sentrale her er at lagmannsretten trekker frem en rekke momenter som knytter seg direkte til oppsigelsessituasjonen og bruker disse som begrunnelse for at arbeidsgiver måtte ha en videre styringsrett i oppsigelsestiden.

En slutning som kan trekkes fra dette er at arbeidstakers rett til å utføre arbeidsoppgaver henger nøye sammen med omfanget av arbeidsgivers styringsrett i oppsigelsestiden. Mellom det å kunne frata arbeidstaker oppgavene helt, til å ha krav på å utføre nøyaktig de samme oppgavene, er det et stort spenn. Dette er også fremhevet i en kjennelse inntatt i RG-1996- 202 (nærmere omtalt nedenfor i punkt 5.1.2):

«Et annet spørsmål er om [arbeidstaker] har krav på å få utføre de samme arbeidsoppgaver han hadde før oppsigelsen. For å vurdere dette

³⁴ RG-2010-488 (Borgarting).

spørsmålet må det tas standpunkt til hvor langt arbeidsgivers styringsrett vil gå i forhold til [arbeidstakers] konkrete stilling.»³⁵

Ligger endringene *innenfor* styringsrettens grenser er saken for så vidt kurant: Arbeidstakers begjæring om å få utføre samme oppgaver som før kan ikke tas til følge. Går endringene *utover* styringsrettens grenser – for eksempel der arbeidstaker helt fratas oppgavene – er dette et brudd på hovedregelen om at arbeidstaker har rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Hvorvidt dette likevel er tillat beror på unntaksvurderingen som drøftes i de følgende kapitlene – i hovedsak hvorvidt det foreligger «særlig tungtveiende grunner».

Problemet er naturligvis å fastslå om endringene ligger innenfor eller utenfor styringsrettens grenser. Ofte vil dette være stridens kjerne i konflikten mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Avgjørelsen må bero på en konkret vurdering. Utgangspunktet er at det må gjelde samme krav til forankring i arbeidsavtalen, forutsetninger på ansettelsestidspunktet, praksis ved virksomheten eller i bransjen og til saklighet – både før og etter oppsigelsestidspunktet.³⁶

Utgangspunktet er altså klart; arbeidsavtalen er styrende for hvilket arbeid som skal utføres i oppsigelsestiden. Det nærmere innholdet av retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden må ses i sammenheng med hvilke unntak som kan gjøres. Det er tema for de neste kapitlene.

³⁵ RG-1996-202 (Eidsivating). Retten gikk ikke nærmere inn på spørsmålet, da det ikke var nødvendig for resultatet og saken heller ikke var lagt opp med sikte på dette.

³⁶ NOU 2004:5 s. 334-335.

5 Unntak fra retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden

Det kan tenkes situasjoner hvor hovedregelen om rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden bør modifiseres. Arbeidstaker kan ha fraskrevet seg retten gjennom arbeidsavtalen. Vil en slik avtaleregulering stå seg? Det kan være fare for pasienters liv og helse dersom den oppsagte legen fortsetter i sin stilling. Kan det tenkes unntak i slike tilfeller? Samtidig er det, som nevnt i kapittel 4, en glidende overgang mellom helt å kunne frata arbeidstaker oppgaver, og at arbeidstaker har rett til å utføre nøyaktig de samme oppgavene. Disse og andre mulige unntak fra hovedregelen om at arbeidstaker har rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden skal drøftes i det følgende.

I punkt 5.1 skal vi se at Høyesterett har åpnet for unntak fra hovedregelen i visse situasjoner, og i 5.2 skal det gis en generell fremstilling av denne unntaksregelen. I kapittel 6 drøftes de enkelte momenter som inngår i vurderingen av hvorvidt unntaksregelen kan benyttes.

5.1 Kan det gjøres unntak fra retten til å utføre arbeid?

5.1.1 Investeringsrådgiverkjennelsen (Rt-2009-1183)

I Investeringsrådgiverkjennelsen åpner Høyesterett for at det i visse situasjoner kan gjøres unntak fra hovedregelen:

«Selv om arbeidsmiljøloven ikke inneholder noen regler om det, må det imidlertid unntaksvis – også innenfor oppsigelsestiden – være adgang til å frata en oppsagt arbeidstaker arbeidsoppgavene, jf. RG-1996-202.»³⁷

Som det fremgår ovenfor i punkt 3.2 er denne delen av kjennelsen enstemmig, og av nyere dato. Unntaksregelen slås klart og uforbeholdent fast («det [må ...]

³⁷ Rt-2009-1183 premiss 27.

være adgang til»). Utsagnet er heller ikke i strid med tidligere høyesterettsavgjørelser. Samtidig går det frem av utdraget at ankeutvalget ikke finner rettslig grunnlag for en slik unntaksregel i arbeidsmiljøloven. Det er heller ikke vist til forarbeider eller andre kilder knyttet til lovteksten. Istedenfor vises det til en enkelt kjennelse fra Eidsivating lagmannsrett i RG-1996-202.

Det rettslige grunnlaget ankeutvalget bygger unntaksregelen på kan med andre ord synes tynt. Lagmannsrettskjennelsen fra 1996 har ikke blitt referert til i rettens begrunnelse i noen andre avgjørelser, og heller ikke i andre rettskilder på Lovdata.³⁸ Den kan således neppe sies å gi uttrykk for en festnet underrettspraksis. På den annen side kan det innvendes at disse reglene sjeldent kommer på spissen for domstolene. Saksbehandlingstiden strekker seg gjerne utover oppsigelsestiden og gjør et søksmål mindre aktuelt for arbeidstaker.

I kjennelsen foretar likevel lagmannsretten en grundig drøftelse av spørsmålet. Det kan derfor antas at ankeutvalget i Investeringsrådverkjennelsen, gjennom henvisningen til lagmannsrettskjennelsen, gir sin tilslutning til lagmannsrettens resonnement. Det er derfor nødvendig med en analyse av kjennelsen nedenfor.

5.1.2 Butikk Design-kjennelsen (RG-1996-202)

Kjennelsen gjaldt en oppsagt lagerarbeider. Han ble utestengt fra arbeidsplassen samtidig som han fikk oppsigelsen, men mottok fortsatt lønn. Han fremmet begjæring om midlertidig forføyning med krav om å få stå i stillingen i oppsigelsestiden.

Spørsmålet var om arbeidsgiver oppfylte plikten til å la arbeidstaker stå i stillingen ved bare å utbetale lønn. Retten konstaterte at det ikke kunne utledes svar på spørsmålet fra arbeidsmiljøloven av 1977 eller rettspraksis. Etter å ha gjennomgått juridisk litteratur på området, samt forarbeider til endringer i

³⁸ Pr. 23.11.2010.

arbeidsmiljøloven angående retten til å stå i stilling og om suspensjon med lønn, kom lagmannsretten til at «hovedregelen må være at retten til å stå i stilling ikke bare omfatter rett til lønn, men også rett til å utføre arbeid». ³⁹ Retten la avgjørende vekt på lovens formål slik det var uttrykt i forarbeidene. ⁴⁰

Etter å ha slått fast ovennevnte hovedregel gjorde imidlertid lagmannsretten det som er det sentrale her, nemlig å åpne for unntak i visse situasjoner:

«Imidlertid må det foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle. Ovennevnte eksempel med kassereren må være klart. ^[41] Men det vil også kunne være andre tilfeller hvor det vil være adgang til å frabe seg arbeidsprestasjonen.» ⁴²

Det fremgår ikke hvilket rettslig grunnlag lagmannsretten baserer denne unntaksregelen på. Det er imidlertid nærliggende å tro at retten har bygget på de samme reelle hensyn som ligger til grunn for hovedreglene om adgangen til å kunne idømme *fratreden* etter aml. § 15-11 eller gi pålegg om *suspensjon med lønn* (nå lovfestet i aml. § 15-13). Begge disse regelsettene åpner for at arbeidstaker, på ulike grunnlag, kan nektes å utføre arbeidsoppgaver. Selv om bestemmelsene ikke direkte gjelder for arbeid i oppsigelsestiden, kan de ses som utslag av mer overordnende hensyn. Lovgiver har anerkjent at det kan foreligge et slikt behov i visse sammenhenger, og imøtekommet behovet gjennom de nevnte bestemmelsene i arbeidsmiljøloven. En slik betraktningsmåte kan begrunne unntaksregelen om at arbeidstaker i visse situasjoner har rett til å frabe seg arbeidstakers arbeidsytelse også i oppsigelsestiden.

³⁹ RG-1996-202 (Eidsivating).

⁴⁰ Jf. Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 192: «Meningen med å gi arbeidstakeren rett til å stå i stillingen under behandlingen av tvisten, er at arbeidstakeren ikke bare skal ha rett til lønn, men også til fortsatt å få utføre arbeid inntil tvisten er avgjort.»

⁴¹ Henvisning til NOU 1992:20 s. 179: «Et klart typeeksempel er en kasserer som er mistenkt for misligheter, og som derfor får beskjed om ikke å møte på jobben mens hans forhold granskes.» Se også om dette Fanebust (2001) s. 335.

⁴² RG-1996-202 (Eidsivating).

Kjennelsen kan dermed sammenfattes slik at lagmannsretten legger til grunn en regel der arbeidstakers rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Hvilket rettslig grunnlag lagmannsretten baserer dette på er imidlertid uklart.

5.1.3 Konklusjon

Det er klart at Høyesteretts ankeutvalg i Rt-2009-1183 åpner for at det i visse situasjoner er adgang til å frata en oppsagt arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Kjennelsen er ny og unntaksregelen slås klart og ubetinget fast. Den må derfor legges til grunn som gjeldende rett. Ankeutvalgets rettslige forankring av unntaksregelen synes imidlertid svak, og baserer seg i hovedsak på reelle hensyn.

Selv om det nå er slått fast *at* arbeidsgiver har adgang til å frata en arbeidstaker arbeidsoppgavene, gjenstår det fortsatt å undersøke *når* det foreligger slik adgang. Det er tema for neste punkt.

5.2 Generelt om unntaksregelens innhold

I det følgende drøftes mer generelt hva som er *vurderingstemaet*, hvilken *terskel* som gjelder og hvilket *tidspunkt* som skal legges til grunn, i vurderingen av hvorvidt arbeidstaker kan fratas arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden.

5.2.1 Hva er vurderingstemaet?

Samtidig som ankeutvalget i Rt-2009-1183 åpnet for unntak fra retten til å utføre arbeid, ble det angitt hvilket vurderingstema som skal legges til grunn for avgjørelsen:

«Vurderingstemaet må her i utgangspunktet være det samme som ved pålegg om fratreden etter oppsigelsestidens utløp, men slik at det for

fratakelse av arbeidsoppgavene innenfor oppsigelsestiden må kreves at det foreligge[r] særlig tungtveiende grunner som taler for det.»⁴³

Ankeutvalget slår altså fast at vurderingstemaet i utgangspunktet skal være det samme som etter aml. § 15-11 annet ledd annet punktum. I

lagmannsrettskjennelsen som ligger til grunn for ankeutvalgets kjennelse, sies det slik at «vurderingene og de relevante momentene [må] være de samme før og etter utløpet av oppsigelsesfristen».⁴⁴ Kjennelse om fratreden etter aml. § 15-11 gjelder som nevnt tidligere, kun *etter* oppsigelsestidens utløp. Ankeutvalget og lagmannsretten legger likevel til grunn at de samme momentene vil være relevante i vurderingen av hvorvidt arbeidstaker kan fratas arbeidsoppgavene *i oppsigelsestiden*. Ankeutvalget gir anvisning på en annen *terskel*, men dette omtales nærmere i punkt 5.2.2.

Retten kan bestemme at arbeidstaker skal fratre dersom det er «urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling», jf. aml. § 15-11. En nærmere angivelse av hvilke momenter som er relevante i urimelighetsvurderingen eller hvilken vekt de skal ha, gir ordlyden ikke. I forarbeidene er det imidlertid gitt en oversikt over hvilke momenter domstolene skal ta hensyn til.⁴⁵

De enkelte momentene drøftes nedenfor i kapittel 6, men generelt kan man si at det i følge forarbeidene skal foretas «en totalvurdering av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser og behov».⁴⁶ Dette må innebære at vurderingen skal være konkret og knyttet opp til den enkelte arbeidstaker og arbeidsgiver. Ulempene for virksomheten ved å ha arbeidstaker i arbeid må veies opp mot ulempene for arbeidstaker ved å stå uten arbeid. Videre må det innebære at forarbeidenes momentoppgreving ikke er uttømmende, slik at det også kan legges vekt på

⁴³ Rt-2009-1183 premiss 27.

⁴⁴ RG-2009-945 (Borgarting).

⁴⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 238-239.

⁴⁶ *ibid.* s. 238.

andre forhold i den konkrete situasjon som knytter seg til den enkelte arbeidsgiver eller arbeidstaker.⁴⁷

Det er også grunn til å understreke at vurderingen av hvorvidt det er rimelig å idømme fratreden, og hvorvidt oppsigelsen er saklig, er to ulike vurderinger. Vurderingstemaet skal, som nevnt ovenfor, være bredt og uavhengig av årsaken til oppsigelsen.⁴⁸ Samtidig vil det, både for domstolene og den enkelte arbeidstaker, være nødvendig å se de to forholdene i sammenheng.⁴⁹ Alvorlighetsgraden av de eventuelle forgåelser som er gjort av arbeidstaker, vil spille inn på urimelighetsvurderingen av hvorvidt han kan fratas arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Det sentrale her er likevel å understreke hovedregelen; arbeidstaker har i utgangspunktet rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden, selv om det foreligger saklig grunn for oppsigelse.

Lenger enn dette er det vanskelig å gå i en generell karakteristikk av hvilket vurderingstema som skal legges til grunn i vurderingen. Til det er utvalgt av relevante momenter for bredt. Istedenfor skal det i kapittel 6 gås nærmere inn på hva som kan anses for å være de «særlig tungtveiende grunner» som ankeutvalget i Rt-2009-1183 gir anvisning på.

5.2.2 Hvilken terskel skal legges til grunn?

I Rt-2009-1183 fremgår det at ankeutvalget legger til grunn en annen terskel i oppsigelsestiden enn for idømmelse av fratreden etter aml. § 15-11 (2):

«... for fratakelse av arbeidsoppgavene *innenfor oppsigelsestiden* må [det] kreves at det foreligge[r] *særlig tungtveiende grunner* som taler for det».⁵⁰

⁴⁷ l.c.

⁴⁸ l.c.

⁴⁹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 194.

⁵⁰ Rt-2009-1183 premiss 27 [min kursivering].

Ankeutvalget siterte fra lagmannsrettens kjennelse, som la til grunn at «arbeidstakernes rettigheter må antas å være bedre sikret i oppsigelsesperioden enn i tiden etter». ⁵¹ I tilknytning til dette uttalte ankeutvalget at «lagmannsretten har tatt et riktig rettslig utgangspunkt». ⁵²

Uttalelsene trekker klart i retning av at det skal mer til for å frata en arbeidstaker arbeidsoppgavene *i* oppsigelsestiden, enn å idømme fratreden *etter* oppsigelsestiden etter aml. § 15-11 (2).

Men hvor høyt skal så terskelen ligge? Det kan være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i terskelen for fratreden etter aml. § 15-11 (2). I følge forarbeidene «må det kreves en *interesseovervekt* for fratreden» for at domstolen skal avsi kjennelse om fratreden. ⁵³ Dette har blitt fulgt opp i juridisk teori og nyere rettspraksis. ⁵⁴

Høyesterett har imidlertid anlagt en høyere terskel for saker der oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold enn der den skyldes arbeidstakers eget forhold. Dette fremgår klart av avgjørelsen inntatt i Rt-2004-1413. Saken gjaldt spørsmål om fratreden etter oppsigelse av to arbeidstakere. Oppsigelsene var begrunnet i nedbemanning etter bortfall av oppdrag. Det var således snakk om forhold på virksomhetens side. Kjæremålsutvalget oppsummerte tidligere rettspraksis slik:

«I praksis har det vært lagt til grunn at når en oppsigelse er begrunnet i bedriftens forhold, skal det *relativt meget til* for å pålegge den oppsagte å fratre under saken selv om det for arbeidsgiver må anses urimelig at den oppsagte blir stående i stillingen...». ⁵⁵

⁵¹ Fra RG-2009-945, sitert i Rt-2009-1183.

⁵² Rt-2009-1183 premiss 29.

⁵³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 238 [min kursivering].

⁵⁴ Se bl.a. Rt-2000-739, LA-2009-128694, LB-2008-50901, RG-2006-1648 (Hålogaland) og Fougner (2006) s. 828.

⁵⁵ Rt-2004-1413 premiss 19 [min kursivering].

Der oppsigelsen skyldes forhold på arbeidstakers side, har terskelen i praksis vært lavere. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 ble det uttalt at dersom

«oppsigelsen [skyldes] en forgåelse fra arbeidstakerens side e. l., bør retten i alminnelighet ta et krav om at han skal fratre under sakens behandling til følge».⁵⁶

Denne klare uttalelsen om at forgåelser fra arbeidstaker som hovedregel må lede til fratreden, har blitt moderert gjennom senere rettspraksis og nye lovforarbeider, slik at det også her har blitt gjort en bred vurdering.⁵⁷

I Ot.prp.nr.49 (2004-2005) sluttet departementet seg til den terskelen som hadde utviklet seg i rettspraksis, og som etter departementets syn ga uttrykk for en «urimelighetsnorm som ivaretar hensynet til at hovedregelen er at arbeidstakere har rett til å stå i stillingen mens saken verserer for domstolene».⁵⁸ Det ble derfor ikke foreslått noen ny terskel for vurderingen i den nye arbeidsmiljøloven av 2005.

Oppsummeringsvis må det kunne sies at terskelen for å bestemme at arbeidstaker skal fratre etter aml. § 15-11 (2) er høy, og særlig i de tilfeller der oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetens side. Hovedregelen er at arbeidstaker har rett til å stå i stillingen, og det er kun dersom dette er «urimelig» for arbeidsgiver at det kan gis kjennelse for fratreden. Interesseovervekten må være på arbeidsgivers side.

Hvilken betydning har så dette for vurderingen av hvorvidt arbeidstaker kan fratas arbeidsoppgavene *i oppsigelsestiden*? Høyesterett har i Rt-2009-1183 som nevnt lagt til grunn at terskelen skal være enda høyere. Det bør kunne slutes fra dette at det kreves *kvalifisert interesseovervekt* på arbeidsgivers side i disse tilfellene.

⁵⁶ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 75.

⁵⁷ Jf. bl.a. Rt-1984-400 og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 235.

⁵⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 238.

Det sentrale er etter min mening følgende: Det må kreves at ulempene for arbeidsgiver er *klart større* om arbeidstaker gis rett til å utføre arbeid, enn ulempene for arbeidstaker dersom han må fratre. Man kan velge å karakterisere dette som *betydelig interesseovervekt*, uten at begrepet i seg selv er avgjørende.

Et eksempel fra rettspraksis som kan illustrere hvor terskelen ligger, er lagmannsrettskjennelsen i Investeringsrådgiversaken.⁵⁹ Det var ikke anført at det forelå noen misligheter eller annen illojalitet hos den oppsagte arbeidstaker, men at hans partnere i bedriften hadde fått redusert tillit til ham og hans evne til å løse sine oppgaver i selskapet. Likevel kunne ikke lagmannsretten utelukke at en gjeninntreden i stillingen, selv for den korte tiden som var igjen av oppsigelsestiden, «ville kunne true [bedriftens] eksistens».⁶⁰ Dette ble ansett tilstrekkelig, også av ankeutvalget, og arbeidstaker ble pålagt å fratre i oppsigelsestiden. At gjeninntreden vil true bedriftens eksistens er en sterk formulering, og skjerper inntrykket av at terskelen for å frata arbeidstaker oppgavene i oppsigelsestiden er høy.

Ser man den høyere terskelen i et større perspektiv, er hensynet til stillingsvernet sentralt. Å anlegge en lav terskel ville for det første viske ut skillet mellom oppsigelse og avskjed, og åpne en snarvei til rask avslutning av arbeidsforhold. For det andre ville det bli lettere å omgå arbeidstakers rett til å stå i stillingen ved oppsigelsestvist, og dermed slå bena under en sentral del av stillingsvernet. Arbeidsgiver ville da kunne pålegge arbeidstaker å holde seg borte i oppsigelsestiden, uten å følge lovens system med å kreve kjennelse for fratreden etter aml. § 15-11 (2). På den måten skyver han initiativet over på arbeidstaker,

⁵⁹ RG-2009-945 (Borgarting). Anken forkastet i Rt-2009-1183.

⁶⁰ l.c.

som må begjære midlertidig forføyning for å få gjeninntre i stillingen.⁶¹ Det kan dermed hevdes at en høy terskel er nødvendig for å opprettholde stillingsvernet.

Konklusjon må bli at det for å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden må foreligge *kvalifisert interesseovervekt* på arbeidsgivers side, gjerne karakterisert som *betydelig interesseovervekt*. En slik høyere terskel har støtte i ankeutvalgets kjennelse i Rt-2009-1183.

5.2.3 Tidspunktet for vurderingen

Det kan tenkes at arbeidstaker er oppsagt på grunn av samarbeidsproblemer og manglende etterlevelse av arbeidsgivers instruksjoner. Etter å ha mottatt oppsigelsen med pålegg om fratreden i oppsigelsestiden, lover han imidlertid bot og bedring; heretter skal instruksene følges! Er dette relevant i vurderingen av om han kan fratas oppgavene? Dette blir et spørsmål om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn.

Ved vurderingen av hvorvidt oppsigelsen er saklig etter aml. § 15-7, er det klart at det er forholdene slik de forelå på *oppsigelsestidspunktet* som skal legges til grunn.⁶² I vurderingen om fratreden etter aml. § 15-11 har imidlertid Høyesterett slått fast at det er forholdene på *avgjørelsestidspunktet* som er utgangspunktet.⁶³

I disse avgjørelsene skyldes imidlertid oppsigelsen arbeidsgivers forhold. Det kunne tenkes at utgangspunktet måtte være et annet der oppsigelsen skyldes arbeidstakers forhold, som i eksempelet ovenfor. Grunnlaget for oppsigelsen – arbeidstakers forgåelser – kan her hevdes å være så sentralt at etterfølgende forhold ikke kan bli avgjørende. Man må imidlertid holde fast ved hovedregelen, nemlig at det skal foretas «en totalvurdering av arbeidsgivers og arbeidstakers

⁶¹ Øverberg (2010) note 4.

⁶² Johnsen (2010) note 4.

⁶³ Se bl.a. Rt-1988-1418 og Rt-1990-908.

interesser og behov».⁶⁴ Da må også momenter som har kommet til etter at oppsigelsen ble gitt, tas i betraktning når det vurderes om arbeidstaker kan fratas arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Dette rettslige utgangspunktet ble blant annet lagt til grunn i Frostating lagmannsretts kjennelse av 20. august 2010, hvor det uttales at «avgjørelse om fratreden skal treffes etter en konkret urimelighetsvurdering, uavhengig av årsaken til oppsigelsen.»⁶⁵ En annen sak er at *arveiningen* av momentene kan bli ulik, avhengig av om oppsigelsen skyldes arbeidstakers eller arbeidsgivers forhold.

På bakgrunn av det ovennevnte må det anses klart hvilket tidspunkt som skal legges til grunn; avgjørelsestidspunktet er «utsiktsposten». Men som nevnt må man fra utsiktsposten se både fremover og bakover i tid, avhengig av hvilket moment som drøftes. Man kan ikke bare vektlegge momenter fra fortiden, som gjerne er de momenter som har gjort oppsigelsen «saklig begrunnet».⁶⁶ Også fremtidige konsekvenser for arbeidsgiver og arbeidstaker må vurderes.

For å trekke inn eksempelet ovenfor om arbeidstakeren som er oppsagt på grunn av manglende oppfølging av instruksjer: Vurderingen av om det kan pålegges fratreden i oppsigelsestiden må gjøres på grunnlag av de opplysninger som foreligger når avgjørelsen tas. At han lover bot og bedring er således relevant. Men dette må avveies mot andre hensyn, både fra fortiden (for eksempel de forgåelser som ble gjort før oppsigelsen) og fremtiden (blant annet sannsynligheten for at det vil skje igjen).

⁶⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 238.

⁶⁵ LF-2010-77904 (Frostating).

⁶⁶ Jf. aml. § 15-7 (1).

6 Hva er «særlig tungtveiende grunner»?

I forrige kapittel var målet å si noe *generelt* om når det er adgang til å frata en arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Det er imidlertid begrenset hvor langt man kommer i en slik øvelse, når avgjørelsen skal bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Fokuset vris nå fra det generelle til det spesielle. På bakgrunn av det vurderingstemaet og den terskelen som er lagt til grunn ovenfor, og ved hjelp av eksempler fra rettspraksis, skal det drøftes hvorvidt det vil være slik adgang i en del typiske situasjoner.

Mange av disse spørsmålene er foreløpig uavklarte i rettspraksis. Terskelen som ble lagt til grunn i Investeringsrådgiverkjennelsen om «særlig tungtveiende grunner» er ny,⁶⁷ og det er foreløpig sparsomt med rettspraksis rundt dette. Det er derfor nødvendig å se hen til rettspraksis om fratreden etter aml. § 15-11 (2), vurdert opp mot den høyere terskelen og de momenter som særlig er avgjørende for arbeidet i oppsigelsestiden.

De tre neste underpunktene vil drøfte hver av de tre typiske oppsigelsessituasjonene; der arbeidsgiver går til oppsigelse – enten på grunn av forhold hos arbeidstaker eller forhold hos virksomheten, – eller der arbeidstaker sier opp selv. De hensyn som gjør seg gjeldende i disse situasjonene er så vidt ulike at de gir grunnlag for ulike rettslige utgangspunkter som best synliggjøres gjennom en delt behandling. I punkt 6.4 drøftes andre relevante momenter som kan komme i betraktning i den konkrete vurderingen.

De ulike momentene og typesituasjonene nedenfor vil ofte opptre i sammenheng, gjerne slik at det ene taler for fratreden i oppsigelsestiden, det andre ikke. Det innebærer at de ulike momentene må avveies mot hverandre, og det må konkluderes på bakgrunn av terskelen som i punkt 5.2.2 ovenfor er angitt

⁶⁷ Se punkt 5.2.2.

som *betydelig interesseovervekt* på arbeidsgivers side. I drøftelsen av de ulike momentene nedenfor skal det likevel antydes noe om hvilken vekt momentet må tillegges i avveiningen.

6.1 Oppsigelsen skyldes arbeidstakers forhold

Forutsetningen er her at arbeidsgiver har gått til oppsigelse på grunn av forhold hos arbeidstaker. Det kan dreie seg om ulike misligheter som illojalitet, underslag eller ordrenekt. Men det kan også dreie seg om forhold av en annen karakter, som samarbeidsproblemer, mangler ved arbeidsytelsen eller manglende tillit.

Det må for det første være klart at det kan legges vekt på *karakteren* av de forhold oppsigelsen skyldes. Nettopp «forgåelsens karakter» ble vektlagt i en kjennelse om fratreden inntatt i Rt-2002-712. Videre er det klart at rettspraksis legger atskillig vekt på om de forhold det dreier seg om er særlig *alvorlige*.⁶⁸

Når forgåelsens *karakter* skal vektlegges, åpner det naturligvis for et svært bredt vurderingstema. Å gi en detaljert drøftelse av alle tenkelige situasjoner er neppe mulig, særlig innenfor rammene av en slik avhandling. Jeg vil derfor eksemplifisere to relativt klare ytterpunkter i henholdsvis 6.1.1 og 6.1.2, og deretter noen grensetilfeller i 6.1.3.

6.1.1 Avskjedsliknende tilfeller

Det ene ytterpunktet kan illustreres med Oslo tingretts kjennelse av 27. juli 2010.⁶⁹ En renholdsarbeider ved et sykehus ble oppsagt etter mistanke om to ildspåsettelse, og samtidig pålagt å fratre i oppsigelsestiden. Hun bestred mistanken om ildspåsettelse og begjærte midlertidig forføyning med krav om å få arbeide i oppsigelsestiden. Retten fant at

⁶⁸ Fanebust (2001) s. 323.

⁶⁹ Kjennelsen ble anket til Borgarting lagmannsrett (LB-2010-137547), men der gjaldt saken kun begjæring om fratreden fordi oppsigelsestiden var utløpt.

«... unødvendig og uforklarlig omgang med ild [er] helt uakseptabelt på et sykehus, idet konsekvensene kan bli fatale dersom ildsbruken kommer ut av kontroll. Hensynet til pasientene og personalet må derfor veie langt tyngre enn den interesse [arbeidstaker] har av å stå i stillingen under den rettslige behandlingen av oppsigelsessaken.»⁷⁰

På denne bakgrunn fant retten at arbeidstakeren måtte fratre under sakens behandling etter aml. § 15-11 (2). Når det gjaldt arbeidet *i oppsigelsestiden* kom retten til samme konklusjon, og viste til den ovennevnte begrunnelse for fratreden, samt at det kun gjensto en uke av oppsigelsestiden. Dette må kunne tolkes slik at tingretten fant forholdene så graverende at det også tilfredsstilte ankeutvalgets vilkår i Rt-2009-1183 om «særlig tungtveiende grunner». I ankesaken for lagmannsretten ble det, som nevnt i fotnote 69, ikke spørsmål om arbeid *i oppsigelsestiden*, men i spørsmålet om fratreden etter aml. § 15-11 (2) sluttet lagmannsretten seg til tingrettens interesseavveining: «Hensynet til pasientenes og de ansattes sikkerhet tilsier at As ønske og behov for å stå i stillingen må vike...».⁷¹

Vi ser at retten la stor vekt på karakteren og alvorlighetsgraden av arbeidstakerens forgåelser. Etter min mening ligger dette tilfellet godt over grensen for hva som må karakteriseres som «særlig tungtveiende grunner» for å frata arbeidstaker oppgavene i oppsigelsestiden. Handlingene er av avskjedsliknende karakter ved at de også setter tredjemann i fare.

Kjennelsen illustrerer en typisk situasjon der det kan hevdes å foreligge avskjedsgrunnlag, men arbeidsgiver av ulike grunner har valgt å nøye seg med oppsigelse. Det kan for det første være av hensyn til arbeidstakers velferd eller omdømme. Ved avskjed vil arbeidstaker som kjent miste lønnen fra dag én, og har som regel heller ikke rett til dagpenger før etter åtte uker, jf. folketrygdloven § 4-10 (1) c, jf. (2). Men det kan også være av hensyn til virksomheten, som kan

⁷⁰ Oslo tingretts kjennelse av 27. juli 2010.

⁷¹ LB-2010-137547.

ta skade dersom det blir kjent at en arbeidstaker er avskjediget, og derfor ønsker minst mulig publisitet rundt dette. Samtidig kan forholdene være så graverende at virksomheten ikke ønsker at arbeidstaker arbeider i oppsigelsestiden.

Det kan innvendes mot dette at en arbeidsgiver som først har valgt å gi oppsigelse fremfor avskjed, må forholde seg til de regler som gjelder for oppsigelse. Ikke sjelden kan bakgrunnen for dette valget være at arbeidsgiver er usikker på om han har tilstrekkelig grunnlag for avskjed, og derfor heller velger å gi oppsigelse med pålegg om umiddelbar fratreden. Loven gir i utgangspunktet ikke adgang til en slik mellomløsning, og en vid adgang til å frata arbeidstaker oppgavene, vil kunne uthule hovedregelen om rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

På den annen side; det avgjørende er hvorvidt det foreligger «særlig tungtveiende grunner». Ved avskjedsliknende forhold vil arbeidsgiver ofte ha et beskyttelsesverdig behov for å frata arbeidstaker oppgavene i oppsigelsestiden for å verne virksomheten. Når Høyesterett først har åpnet for unntak fra retten til å utføre arbeidsoppgaver, må unntaksregelen særlig kunne benyttes i slike tilfeller der oppsigelsen skyldes mer alvorlige forgåelser fra arbeidstaker.

Tatt i betraktning karakteren av disse tilfellene, kan det også være naturlig å trekke en parallell til reglene om suspensjon i aml. § 15-13. Bestemmelsen gir nettopp arbeidsgiver adgang til midlertidig å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene, men med lønn, dersom «det er grunn til å anta» at han har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed og «virksomhetens behov tilsier det». De hensyn suspensjonsinstituttet bygger på kan være relevante også for avhandlingens tema:

«Det legges til grunn at arbeidsgivere i visse særlige tilfeller vil kunne ha et beskyttelsesverdig behov for øyeblikkelig å kunne pålegge arbeidstaker å fratre arbeidsforholdet midlertidig. Behovet oppstår gjerne i tilfeller der arbeidstakeren er mistenkt for økonomiske eller andre misligheter i

tjenesten, og hvor suspensjon kan være nødvendig for å hindre at arbeidstaker får anledning til å fortsette det mislige forhold...»⁷²

Bestemmelsene om avskjed og suspensjon krever at det henholdsvis foreligger, eller er mistanke om «vesentlig mislighold av arbeidsavtalen».⁷³ Det må imidlertid være klart at dette *ikke* er nødvendig for at det skal være adgang til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Også mindre graverende forhold vil kunne være tilstrekkelig. Dette må følge forutsetningsvis av kjennelsen i Rt-2009-1183, hvor det ikke var snakk om avskjedsliknende forhold. Hvor terskelen nærmere ligger drøftes videre i det følgende, først ved å se på tilfeller som ganske klart må falle utenfor.

6.1.2 Mindre graverende forhold

Spørsmålet er her hvilke forhold på arbeidstakers side som *ikke* kan anses tilstrekkelige til å frata arbeidstaker oppgavene i oppsigelsestiden.

Kjennelsen i RG-1996-202 kan brukes til illustrasjon. Den er nærmere omtalt ovenfor i punkt 5.1.2, og gjaldt en oppsagt lagerarbeider som ble utestengt fra arbeidsplassen i oppsigelsestiden, men som fortsatt mottok lønn. Oppsigelsen var begrunnet med at arbeidstaker «ved mangelfullt utført arbeid og ordrenekt utviste en sterkt sviktende holdning til temaene presisjon og nøyaktighet, temaer som er av vital interesse for bedriften». Oppsigelsen var således begrunnet i arbeidstakers forhold, men gjaldt ikke omstendigheter av en slik grovere karakter som er drøftet ovenfor.

Etter en konkret vurdering kom lagmannsretten til at det *ikke* var adgang til å frata arbeidstakeren oppgavene i dette tilfellet. Retten uttalte:

⁷² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 252.

⁷³ Aml. § 15-14 og henvisningen til denne i § 15-13.

«...[arbeidstaker har] ingen overordnet stilling. Hans arbeid er på lager. Det kan ikke ses å foreligge forhold ved utførelsen av arbeidet av en slik karakter at det er grunnlag for utestengning. Det foreligger heller ikke alvorlige problemer eller stor økonomisk risiko for bedriften ved å la [arbeidstaker] utføre arbeid mens saken pågår.»⁷⁴

Hvilke slutninger kan så trekkes fra dette? Selv om arbeidet var mangelfullt utført, og bedriften stilte strenge krav til presisjon og nøyaktighet, var dette ikke tilstrekkelig til å frata arbeidstaker oppgavene. En slutning kan derfor være at dersom oppsigelsen skyldes at selve *utførelsen* av oppgavene er mangelfull, uten at dette er gjort med hensikt eller at arbeidstaker i vesentlig grad kan bebreides, foreligger det neppe «særlig tungtveiende grunner».

At forholdene gir saklig grunn for oppsigelse er klart ikke tilstrekkelig. Det ville i så fall forkaste hovedregelen om at arbeidstaker har rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Det må kreves noe mer – og etter min mening også noe mer enn at arbeidstaker ikke evner å utføre sine arbeidsoppgaver fullgodt – for å konstatere «særlig tungtveiende grunner». Jeg mener derfor at alvorlighetsgraden og karakteren av denne typen forhold, tilser at fratakelse av oppgaver som hovedregel er utelukket i disse situasjonene.

Som nevnt ovenfor vil imidlertid dette inngå som ett av flere momenter i en konkret helhetsvurdering, slik at andre tungtveiende momenter kan lede til et annet resultat. Det kan for eksempel være tilfelle i yrker hvor kravet til presisjon og nøyaktighet ved utførelsen av arbeidsoppgavene er enda sterkere enn i den omtalte kjennelsen, blant annet i helsevesenet.

6.1.3 Grensetilfellene

Ovenfor er det lagt til grunn at avskjedsliknende tilfeller – der arbeidstaker er særlig å bebreide, gjør forsettlig illojale handlinger, setter andres liv eller helse i

⁷⁴ RG-1996-202 (Eidsivating).

fare, eller trakasserer kolleger eller kunder – vil trekke i retning av at det foreligger «særlig tungtveiende grunner». Motsatt; der oppsigelsen skyldes mangelfull utførelse av arbeidsoppgavene, vil dette som hovedregel ikke være nok. Mellom disse ytterpunktene er det et stort spenn, og lite rettspraksis som grunnlag for å trekke klare slutninger.

Investeringsrådgiverkjennelsen i Rt-2009-1183 må imidlertid kunne sies å representere et grensetilfelle. Dette støttes for det første av at saken i det hele tatt ble behandlet av Høyesteretts ankeutvalg. Etter tvisteloven § 30-5 kan en anke over kjennelse nektes fremmet «dersom den ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende sak». Når ankeutvalget først velger å fremme saken, er det formodentlig fordi det ønsker å bidra til å avklare et tvilsomt spørsmål. Riktignok kan ankeutvalget ved en slik videre anke ikke prøve den konkrete subsumsjonen. Det kan imidlertid være en flytende grense mellom lovtolking og subsumsjon i et slikt tilfelle. Når ankeutvalget uttaler at lagmannsretten «har tatt et riktig rettslig utgangspunkt og vurdert de relevante momenter»,⁷⁵ må det antas at ankeutvalget anser det faktum lagmannsretten har lagt til grunn, tilstrekkelig til å konstatere «særlig tungtveiende grunner».

Kjennelsen er nærmere omtalt ovenfor i punkt 3.2 og 5.1.1, men gjaldt en oppsagt investeringsrådgiver som ble nektet å arbeide i oppsigelsestiden, selv om han fikk utbetalt lønn. Oppsigelsen skyldtes i følge arbeidsgiver at arbeidstaker ikke nøt «den nødvendige tillit fra Selskapets side i forhold til å utføre de vesentlige oppgavene som tilligger en partner i Selskapet».⁷⁶ I byfogdembetets kjennelse går det frem at den manglende tilliten særlig var knyttet til to porteføljebedrifter som arbeidstaker hadde ansvaret for å følge opp, blant annet som deres styreleder. Utviklingen i disse bedriftene var ikke som forventet og «de andre partnerne i [investeringsselskapet] var ikke fornøyd med hans

⁷⁵ Rt-2009-1183 premiss 29.

⁷⁶ Rt-2009-1183 premiss 5.

håndtering av styreledervervene og hans arbeidsmåte, særlig at han foretrakk å løse problemer alene istedenfor å søke råd hos andre». ⁷⁷ Ifølge lagmannsrettens kjennelse var det «ikke anført at det foreligger noen form for misligheter eller illojalitet fra [arbeidstakers] side». ⁷⁸

Oppsigelsens var således knyttet til manglende tillitt på bakgrunn av mangelfullt utført arbeid. Når oppsigelsen særlig er knyttet til utførelsen av arbeidet, ville det på bakgrunn av drøftelsene og konklusjonen ovenfor i punkt 6.1.2, være nærliggende å si at dette neppe er tilstrekkelig til å konstatere «særlig tungtveiende grunner». Likevel kom Høyesteretts ankeutvalg og de to underinstansene til at virksomheten hadde rett til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene.

Etter min mening var det imidlertid ikke *karakteren og alvorlighetsgraden* av forholdene på arbeidstakers side som var avgjørende for å konstatere «særlig tungtveiende grunner» i denne saken. Tvert imot var det ulike forhold på *virksomhetens side* som gjorde at et slikt, relativt sett, mildt tillitsbrudd ville ramme virksomheten hardt. Noen av disse momentene skal drøftes nedenfor. Her nevnes særlig at virksomheten opererte i en bransje hvor tillit er helt avgjørende for å tiltrekke seg oppdrag, hvor det er stort fokus på enkeltpersoner og hvilket inntrykk markedet har av disse, og at arbeidstaker var en nøkkelperson i virksomheten.

Jeg mener derfor at kjennelsen i Rt-2009-1183 ikke kan tas til inntekt for en hovedregel om fratreden i oppsigelsestiden ved mangelfullt utført arbeid eller tillitsbrudd mellom ledelsen og den ansatte. Hovedregelen må være den motsatte i slike tilfeller, med mindre det foreligger andre tungtveiende momenter i motsatt retning. Dersom slike momenter på virksomhetens side ikke hadde foreligget i

⁷⁷ TOBYF-2009-60163 (Oslo byfogdembete).

⁷⁸ RG-2009-945 (Borgarting).

Investeringsrådgiversaken, hadde forholdene på arbeidstakers side neppe alene vært tilstrekkelig til å konstatere «særlig tungtveiende grunner». Til det veier karakteren og alvorlighetsgraden av forholdene på arbeidstakers side ikke tungt nok.

Borgarting lagmannsretts kjennelse av 25. oktober 2010⁷⁹ må også kunne sies å være et grensetilfelle. Saken gjaldt en oppsagt lege som var pålagt å fratre i oppsigelsestiden, og derfor begjærte midlertidig forføyning med krav om å få utføre arbeid i oppsigelsestiden. Lagmannsretten fant det bevist at arbeidstakeren «er egenrådlig, at hun ikke retter seg etter klare pålegg [...] og at det er samarbeidsproblemer mellom henne og ledelsen». Hennes munnbruk overfor ledelsen måtte anses for «illojal opptreden og [er] som sådan skadelig for tillitsforholdet mellom den ansatte og ledelsen». Hennes faglige kvalifikasjoner som kirurg var imidlertid ikke trukket i tvil.

På tross av klare instruksbrudd, mangelfull etterlevelse av sykehusets rutiner og mangel på tillit mellom ledelsen og den ansatte, mente lagmannsretten – i likhet med tingretten – at det ikke forelå «særlig tungtveiende grunner» for å frata henne arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Det kan se ut til at lagmannsretten la avgjørende vekt på at instruksbruddene ikke hadde medført fare for pasientsikkerheten.

Det kan synes påfallende at klare instruksbrudd på et sykehus *ikke* er en særlig tungtveiende grunn, mens dårlig utført arbeid av en investeringsrådgiver *er* det. Dette understreker at det her er snakk om grensetilfeller, der andre momenter enn selve *karakteren* av arbeidstakers handlinger blir avgjørende.

⁷⁹ LB-2010-160933. Den underliggende tingrettskjennelsen er omtalt ovenfor i punkt 3.4.4.

Et slikt skjerpene moment er nettopp faren for tredjemann. Kjennelsen i LB-2010-152755⁸⁰ likner den ovennevnte sykehussaken, men fikk motsatt utfall. Tingretten mente det var berettiget å reise spørsmål om faren for pasienters liv og helse dersom den oppsagte legen fikk arbeide i oppsigelsestiden, og at det burde utvises «atskillig varsomhet» med å overprøve sykehusets vurdering av dette. Lagmannsretten sluttet seg til tingrettens lovtolkning. Det som skiller de to sykehussakene, og som formodentlig gjorde at de fikk motsatt utfall, var at retten i den sistnevnte saken fant det bevist at det kunne være fare for pasientsikkerheten dersom arbeidstakeren fikk arbeide i oppsigelsestiden. I den førstnevnte var ikke arbeidstakers faglige kvalifikasjoner trukket i tvil.

Etter min mening gir den foreliggende rettspraksis derfor grunnlag for å si at illojal opptreden, ordrenekt, instruksbrudd, manglende tillit, respektløshet overfor overordnede eller liknende forhold, ikke *etter sin art* kan medføre at det foreligger «særlig tungtveiende grunner». Det må i tilfelle kreves at det foreligger ytterligere momenter som trekker i denne retning, eller at alvorlighetsgraden er særlig høy. Jo mer alvorlig tillitsbruddet mellom ledelsen og den ansatte er, og jo mer arbeidstaker kan bebreides – jo sterkere trekker dette retning av at det foreligger «særlig tungtveiende grunner» for å frata arbeidstakeren arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden.

6.1.4 Konklusjon

På bakgrunn av drøftelsene ovenfor kan det skisseres en grov tredeling av ulike forhold på arbeidstakers side, som gir ulike utgangspunkter med hensyn til å konstatere «særlig tungtveiende grunner». Det presiseres likevel igjen at den endelige avgjørelsen skal bero på en helhetsvurdering, der flere andre momenter enn arbeidstakers forhold kan bli avgjørende.

⁸⁰ Også omtalt ovenfor i 3.4.4.

Den *første* gruppen gjelder forhold som kunne ha dannet grunnlag for avskjed eller ligger tett oppunder dette. Det kan blant annet dreie seg om grove lojalitetsbrudd, tyveri/underslag eller handlinger som er til skade for tredjeparter. Forutsetningen må være at forholdene er av relativt alvorlig karakter. Slike omstendigheter må trekke klart i retning av at det foreligger «særlig tungtveiende grunner» for å frata arbeidstaker oppgavene i oppsigelsestiden.

Det *andre* ytterpunktet er forhold som knytter seg til selve utførelsen av arbeidsoppgavene. At kvaliteten på arbeidstakers ytelse ikke er god nok, kan ikke alene være tilstrekkelig til å pålegge fratreden i oppsigelsestiden.

Mellom disse ytterpunktene finner vi forhold på arbeidstakers side som ikke er sterkt klanderverdige eller alvorlige, men som likevel gjelder noe mer enn mangler ved selve arbeidsytelsen. Det kan være mangel på tillit mellom partene, samarbeidsproblemer, ordrenekt/-vegning/-trenering eller dårlige prestasjoner over lang tid. Ved denne typen forhold må *alvorlighetsgraden* få avgjørende betydning. Men hvorvidt det foreligger «særlig tungtveiende grunner» må i stor grad bero på de øvrige momenter i saken. Et eksempel på dette er Rt-2009-1183, hvor det særlig var en rekke særegne forhold ved virksomheten, som sammen med arbeidstakers forhold, gjorde en fratreden i oppsigelsestiden rimelig.

6.2 Oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold

Forutsetningen er her at arbeidstaker er oppsagt på grunn av forhold på virksomhetens side, for eksempel på grunn av nedbemanning eller restrukturering.

6.2.1 Kan arbeidstaker fratas oppgavene i disse tilfellene?

Det tas først utgangspunkt i de regler som gjelder for fratreden *etter* oppsigelsestiden etter aml. § 15-11 (2). I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av

1977 ble det om den tilsvarende bestemmelsen uttalt at der «oppsigelsen [skyldes] forhold ved bedriften, som for eksempel rasjonalisering, driftsinnskrenkning o.l., bør retten ikke avsi kjennelse for at arbeidstakeren skal fratre».⁸¹ Høyesterett har imidlertid ikke tolket uttalelsen som absolutt, og i praksis har det også her blitt foretatt en bred urimelighetsvurdering, likevel slik at «når en oppsigelse er begrunnet i bedriftens forhold, skal det *relativt meget til* for å pålegge den oppsagte å fratre under saken selv om det for arbeidsgiver må anses urimelig at den oppsagte blir stående i stillingen».⁸² I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 fant departementet ikke grunn til å fremme endringer til hvilken norm som skal gjelde for fratreden.⁸³ Oppsummeringsvis kan det derfor sies at domstolene synes å være tilbakeholdne med å gi kjennelse for fratreden der oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetens side.⁸⁴

Hva har så dette å si for fratakelse av arbeidsoppgavene *i oppsigelsestiden*? I Rt-2009-1183 sluttet ankeutvalget seg til lagmannsrettens uttalelse om at «arbeidstakernes rettigheter må antas å være bedre sikret i oppsigelsesperioden enn i tiden etter».⁸⁵ Det skal allerede «relativt meget til» for å gjøre dette i tiden *etter* oppsigelsesfristen, og det er heller ikke tilstrekkelig at løsningen er urimelig for arbeidsgiver.⁸⁶ Når terskelen i følge Rt-2009-1183 skal være enda høyere *i* oppsigelsestiden, kan det spørres om det i det hele tatt er rom for å frata en arbeidstaker oppgavene i oppsigelsestiden hvis oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetens side.

Etter min mening er det, på bakgrunn av de rettskilder som foreligger, vanskelig å komme til en annen konklusjon enn at dette som hovedregel må være

⁸¹ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 75.

⁸² Rt-2004-1413 [min kursivering].

⁸³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 238.

⁸⁴ Fanebust (2001) s. 325.

⁸⁵ Rt-2009-1183 premiss 28.

⁸⁶ Jf. Rt-2004-1413, se note 82.

utelukket. Det kan imidlertid tenkes unntak i visse tilfeller; særlig ved nedleggelse av virksomhet.

6.2.2 Særlig om nedleggelse av virksomhet

6.2.2.1 Force majeure-liknende tilfeller

Det er for det første grunn til å trekke frem unntaksregelen i aml. § 15-3 (10) om kortere oppsigelsestid ved force majeure-liknende tilfeller. Bestemmelsen gir adgang til å sette ned oppsigelsestiden til 14 dager dersom driften helt eller delvis må innstilles på grunn av «ulykker, naturhendelser eller andre uforutsette hendelser». Bestemmelsen må anses som en sikkerhetsventil for arbeidsgiver dersom det på grunn av disse forholdene blir nødvendig å innstille virksomheten, og derfor gå til oppsigelser.⁸⁷ Bestemmelsen kan imidlertid ikke anvendes ved mer påregnelige forhold som sviktende ordretilgang under dårlige konjunkturer.⁸⁸ Her er permitteringsreglene mer aktuelle.

Når driften må innstilles på grunn av disse forholdene kan det typisk være vanskelig å sysselsette arbeidstaker i oppsigelsestiden, for eksempel fordi produksjonsanlegget har brent ned. Det må da være klart at arbeidstaker kan fratas arbeidsoppgavene, slik at bestemmelsen som oftest kun sikrer retten til lønn i (den kortere) oppsigelsestiden. Arbeidsgiver kan vanskelig pålegges en sysselsettingsplikt under slike uforutsette omstendigheter, med mindre arbeidstaker for eksempel kan overflyttes til en annen avdeling som fortsatt er i drift. Juridisk teori har antatt at heller ikke hovedregelen om retten til å stå i stilling ved oppsigelsestvist i aml. § 15-11 kommer til anvendelse i disse tilfellene.⁸⁹ Begrunnelsen må være at hensynet til å sikre kontinuitet i arbeidsforholdet, ikke slår til når virksomheten innstilles for godt. Det er ikke

⁸⁷ Johnsen (2010) note 17.

⁸⁸ Fougner (2006) s. 763.

⁸⁹ Johnsen (2010) note 18.

lenger noe arbeidsforhold å opprettholde. Og dersom virksomheten senere gjenopptas, vil arbeidstaker ha fortrinnsrett til ny ansettelse etter aml. § 14-2.

6.2.2.2 Fullstendig nedleggelse av virksomhet

Vil det samme gjelde ved nedleggelse som *ikke* skyldes force majeure-liknende forhold? I arbeidsmiljøloven av 2005 ble det opprinnelig inntatt en regel for slike tilfeller i § 15-11, slik at retten til å fortsette i stillingen ikke skulle gjelde når arbeidsforholdet bortfalt fordi virksomheten ble nedlagt.⁹⁰ Etter regjeringsskiftet i 2005 foreslo imidlertid Stoltenberg II-regjeringen – før loven var trådt i kraft – å oppheve dette unntaket. Hensikten var å ikke automatisk avskjære retten til å stå i stilling i nedleggelsestilfeller, men heller la det være opp til domstolene å gjøre en konkret vurdering i den enkelte sak.⁹¹ Da loven trådte i kraft 1. januar 2006 var det derfor uten en slik unntaksregel. Lovgiver mener med andre ord at det skal være mulig å stå i stillingen og utføre arbeid, selv når oppsigelsen skyldes nedleggelse av virksomhet.

Dette støttes også av et nytt tredje punktum i aml. § 15-11 (2) som trådte i kraft 1. januar 2010.⁹² Bestemmelsen presiserer at arbeidsgiver også i nedleggelsestilfeller *må* ha rettens kjennelse for fratreden dersom han mener det er urimelig at arbeidsforholdet fortsetter under oppsigelsestvisten. I rettspraksis var det lagt til grunn at «retten til å fortsette i stilling [...] kunne bortfalle også uten avgjørelse av retten når det må anses helt på det rene at virksomheten er opphørt...».⁹³ I følge forarbeidene var hensikten derfor «å klargjøre at retten til å fortsette i stilling gjelder i alle oppsigelsessituasjoner, også der oppsigelsen skyldes nedleggelse av virksomhet».⁹⁴

⁹⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 240 og 336. Foreslått inntatt som fjerde ledd.

⁹¹ Ot.prp.nr.24 (2005-2006) s. 5.

⁹² «Dette gjelder også ved hel eller delvis nedleggelse av virksomheten.»

⁹³ Rt-1992-776, og senere Rt-1997-1941.

⁹⁴ Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s. 70-71.

Dette innebærer at selv om virksomheten nedlegges, er det ingen automatikk i at en ansatt som har bestridt oppsigelsens gyldighet må fratre. Dette må gjelde desto mer *innenfor* oppsigelsestiden, hvor arbeidstakers rettigheter i følge Rt-2009-1183 skal anses enda bedre sikret. Terskelen for å frata arbeidstaker oppgavene i disse tilfellene er med andre ord høy, men spørsmålet må likevel avgjøres etter en konkret vurdering. Det er derfor ikke utenkelig at retten vil akseptere en fratakelse av arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden, der det er åpenbart at det er snakk om en fullstendig nedleggelse av virksomheten. Som det fremgår av forarbeidene kan likevel ikke virksomheten på denne måten fri seg fra lønnsforpliktelsen, som må bestå i henhold til arbeidsavtalen ut oppsigelsestiden.⁹⁵

6.2.2.3 Delvis nedleggelse av virksomhet

Med delvis nedleggelse av virksomhet siktes det her særlig til nedleggelse av en adskilt avdeling eller tjenestegren, med en annen kompetanse, funksjon eller geografisk plassering enn den øvrige virksomheten.

Det kan først spørres om arbeidstaker har rett til å fortsette i samme avdeling ut oppsigelsestiden, selv om den skal legges ned. Dette må bero på en konkret vurdering, men generelt er det å si at oppsigelsestiden er en del av arbeidsavtalen som bedriften selv har vært med på å utforme, og deretter har sluttet seg til. At de ansatte har oppsigelsestid, slik at de ved oppsigelse først slutter etter en gitt periode, kommer ikke uventet på bedriften. I en *styrt* nedleggingsprosess er dette en av flere forpliktelser virksomheten må forholde seg til, ved siden av avtaler om husleie, leie av inventar mv. Utgangspunktet bør derfor være at en arbeidstaker, ved delvis nedleggelse av virksomheten, har rett til å beholde de samme arbeidsoppgavene ut oppsigelsestiden.

⁹⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 336

Nedleggelsen kan imidlertid også skyldes *uforutsette* hendelser som ikke kommer innunder force majeure-regelen drøftet ovenfor. Det kan for eksempel være at bedriften mister en stor og viktig kontrakt, som var hovedbeskjeftigelsen til den aktuelle virksomhetsavdelingen, og det heller ikke er noen påregnelig mulighet for å få en tilsvarende kontrakt i nær fremtid. I disse tilfellene blir det lite virkelighetsnært å anføre en regel om at arbeidstaker har rett til å utføre samme oppgaver som før. I praksis vil disse situasjonene måtte løses gjennom at arbeidstaker ikke jobber i oppsigelsestiden, eller gjennom omplassering.

Nettopp omplassering ble fremhevet som et relevant moment i Investeringsrådverkjennelsen i Rt-2009-1183. I kjennelsen var oppsigelsen begrunnet i arbeidstakers forhold. Er oppsigelsen derimot begrunnet i virksomhetens forhold, er den ikke gyldig hvis det finnes «annet passende arbeid» å tilby arbeidstaker, jf. aml. § 15-7 (2). Dersom det er muligheter for omplassering, skulle det med andre ord ikke være grunnlag for oppsigelse.

Det må imidlertid skilles mellom de to omplasseringsvurderingene. Krav om å få arbeide i oppsigelsestiden er en avgjørelse av midlertidig karakter. Det kan derfor tenkes at virksomheten ikke kan tilby «annet passende arbeid» som *fast* stilling, men vil kunne omplassere arbeidstaker i en kortere periode frem til saken er avgjort. I disse situasjonene kan oppsigelsen være gyldig, samtidig som det finnes omplasseringsmuligheter i oppsigelsestiden. Det foreligger da neppe «særlig tungtveiende grunner».

Hvorvidt det foreligger muligheter for omplassering i vil naturligvis måtte bero på en konkret vurdering av virksomhetens størrelse og situasjon. Fordi omplassering vil kunne være aktuelt både der oppsigelsen skyldes forhold på arbeidstaker- og arbeidsgiversiden, behandles dette nærmere i punkt 6.4.4.1.

6.3 Der arbeidstaker selv sier opp

I punktene 6.1 og 6.2 har forutsetningen vært at det er arbeidsgiver som har gått til oppsigelse, enten på grunn av forhold hos arbeidstakeren eller ved virksomheten selv. Men dersom arbeidstaker selv sier opp; hvilken rett har han da til å kreve å få utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden?

Utgangspunktet må være det samme i disse tilfellene. Arbeidsavtalen er styrende for arbeidsforholdet også i oppsigelsestiden, slik at arbeidstaker i utgangspunktet har rett til den lønn og de arbeidsoppgaver som følger av arbeidsavtalen. Som vi har sett har ankeutvalget lagt til grunn at det kan gjøres unntak der det foreligger «særlig tungtveiende grunner». I alle de saker der denne unntaksregelen har vært drøftet er det arbeidsgiver som har gått til oppsigelse. Et spørsmål er derfor om vilkåret om «særlig tungtveiende grunner» i det hele tatt kommer til anvendelse når arbeidstaker sier opp selv.

For det første foreligger det ikke tvist om oppsigelsens gyldighet i disse tilfellene. En arbeidstaker kan si opp arbeidsavtalen uten å oppgi noen grunn for det.⁹⁶ De hensyn som begrunner retten til å stå i stilling etter aml. § 15-11 knytter seg hovedsakelig til å sikre arbeidstaker mot usaklige oppsigelser.⁹⁷ Disse hensynene er derfor ikke relevante når arbeidstaker selv sier opp. Det taler for at terskelen må være lavere i disse tilfellene.

For det andre har arbeidstaker selv valgt å si opp. Oppsigelsen kommer derfor ikke som en overraskelse og han har større muligheter til å planlegge avviklingen av arbeidsforholdet på forhånd. Normalt vil han være på vei over til en ny arbeidsgiver, og når han uansett beholder lønnen ut oppsigelsestiden, kan det hevdes at hans ønske om å utføre arbeidsoppgaver hos den gamle arbeidsgiver må tillegges mindre vekt.

⁹⁶ Fanebust (2001) s. 5.

⁹⁷ Se punkt 3.4.1 flg.

Et liknende synspunkt var fremme i Borgarting lagmannsretts kjennelse av 25. mars 2010.⁹⁸ Spørsmålet var blant annet om styret hadde adgang til å frata daglig leder hans tidligere arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. I argumentasjonen for hvorfor styret måtte ha en slik adgang, uttalte lagmannsretten: «For det første har [arbeidstaker] selv sagt opp sin stilling. Hensynet til å verne arbeidstakeren er ikke så tungtveiende som ellers når han selv har sagt opp.»⁹⁹ Selv om lagmannsretten også viste til andre momenter til støtte for sitt synspunkt, går det klart frem at retten la vekt på at arbeidstaker selv hadde sagt opp sin stilling.

I sum trekker disse momentene i retning av at arbeidstakers rett til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden ikke er like sterk når han selv sier opp sin stilling.

Samtidig må det holdes fast ved det klare utgangspunktet om at oppsigelsestiden er en preseptorisk beskyttet rettighet for begge parter, og at arbeidsavtalen fortsatt er bestemmende for lønn og arbeidsoppgaver. Hvis arbeidstaker ønsker å arbeide de siste månedene, i tillegg til å motta lønn, må det i det minste kunne kreves interesseovervekt på arbeidsgivers side for å frata han oppgavene. Slik interesseovervekt må fastslås gjennom en konkret vurdering, blant annet av de momenter som er omtalt nedenfor i punkt 6.4. Som eksempel kan nevnes tilfeller der arbeidstaker er i en ledende stilling. Virksomheten kan ha et beskyttelsesverdig behov for at han ikke utfører disse lederoppgavene i oppsigelsestiden. Det kan samme kan gjelde for en selger som skal over i konkurrerende virksomhet etter oppsigelsestidens utløp. Slike forhold omtales nærmere nedenfor.

⁹⁸ RG-2010-488 (Borgarting).

⁹⁹ l.c.

6.4 Andre relevante momenter

Hittil i dette kapitlet er det tatt utgangspunkt i de tre typiske oppsigelsessituasjonene; der arbeidsgiver går til oppsigelse på grunn av forhold hos arbeidstaker, forhold på arbeidsgiversiden – eller der arbeidstaker sier opp selv. Vi har sett at de ulike situasjonene gir ulike utgangspunkter når retten til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden skal vurderes. Samtidig skal avgjørelsen bero på en bred helhetsvurdering, hvor en rekke andre momenter enn hva som er årsaken til oppsigelsen spiller inn. Det er slike momenter som skal drøftes her. Ikke alle momentene er relevante for alle de tre oppsigelsessituasjonene, og hvilken vekt de skal tillegges vil variere etter omstendighetene.

6.4.1 Betydningen av stillingsnivå

Problemstillingen her er hvorvidt stillingsnivå er et relevant moment i avgjørelsen av om arbeidstaker har rett til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Hvilken betydning har det om arbeidstaker har en nøkkelposisjon i bedriften, kontra en stilling på lavere nivå?

Innledningsvis er det grunn til å slå fast at det også for virksomhetens øverste leder må gjelde en hovedregel om rett til å arbeide i oppsigelsestiden. Det rettslige grunnlaget er som før arbeidsavtalen og arbeidsmiljøloven. For virksomhetens øverste leder er det imidlertid en videre adgang til å fraskrive seg stillingsvernet gjennom arbeidsavtalen. Dette omtales nærmere i kapittel 7.

Selv der det ikke er gjort slik avtale, er det likevel en del særlige hensyn som tilsier at retten til å utføre arbeid ikke skal være like sterk for virksomhetens øverste leder. Særlig der det er tvist om oppsigelsens gyldighet, er det problematisk om en person uten styrets tillit skal stå for den daglige ledelsen av selskapet. Men også der det ikke foreligger tvist, kan det være usikkert om daglig leder har den nødvendige lojalitet og motivasjon til å lede et selskap han er på vei

ut av. Virksomheten har et beskyttelsesverdig behov for å sikre at øverste leder handler i virksomhetens interesse.

Disse hensyn er vektlagt i både forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur angående fratreden etter aml. § 15-11 (2). I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 heter det at «det skal mindre til for at en leder må fratre enn en underordnet ansatt».¹⁰⁰ I utredningen til arbeidsmiljøloven av 2005 oppsummerte utvalget den rettspraksis som forelå om dette spørsmålet slik:

«Videre er det i favør av fratredelse lagt atskillig vekt på om arbeidstaker har sittet i en ledende stilling/nøkkelstilling og har opptrådt slik at vedkommende bryter med den tillit som en slik stilling krever.»¹⁰¹

Samtidig har Høyesterett i Rt-1999-1998 lagt til grunn at hovedregelen om rett til å stå i stillingen under sakens behandling også gjelder for daglig leder, likevel slik at det ved vurderingen må få «vesentlig betydning om arbeidstakeren har en ledende stilling i bedriften». Dette må sies å være en presis formulering av rettstilstanden for spørsmål om fratreden etter aml. § 15-11 (2) også i dag.

Hva så med arbeidet *i oppsigelsestiden*? Mange av de ovennevnte hensyn som tilsier en svakere rett til å stå i stilling for ledere, gjør seg også gjeldende i oppsigelsestiden. Manglende motivasjon, tillit og lojalitet kan vokse frem allerede fra oppsigelsen blir gitt. Dette trekker i retning av en lavere terskel for å frata en leder oppgavene i oppsigelsestiden. Samtidig kan det innvendes at når virksomheten ikke har utnyttet avtalefriheten som ligger i aml. § 15-16 (2), ved å avtale kortere oppsigelsestid eller automatisk fratreden på forhånd, må den også forholde seg til samme terskel som for øvrige ansatte. Etter min mening kan likevel ikke dette veie tyngre enn de ovennevnte hensyn, som taler for en lavere terskel for fratakelse av oppgaver.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 239. I samme retning Fanebust (2001) s. 324 og Fougner (2006) s. 829.

¹⁰¹ NOU 2004:5 s. 325.

Dette støttes langt på vei av Investeringsrådgiverkjennelsen i Rt-2009-1183, som gjaldt nettopp en ansatt i ledende stilling. Han var partner i selskapet og fungerte som daglig leder på omgang med de andre partnerne. Fordi det ikke var nødvendig for resultatet, tok ankeutvalgets flertall ikke stilling til hvorvidt han var å anse som «virksomhetens øverste leder» etter aml. § 15-16 (2). I den underliggende lagmannsrettskjennelsen ble det i den forbindelse uttalt at

«det ikke bare [er] en stilling som virksomhetens øverste leder som er relevant, men også stillinger som har preg av nøkkelpersonell i virksomheten...». ¹⁰²

Om betydningen av arbeidstakerens ledende stilling uttalte lagmannsretten:

«Når de øvrige partnere og endog selskapets investorer mister tilliten til en av selskapets partnere, som også arbeider som investeringsrådgiver i selskapet, sier det seg likevel selv at det blir uholdbart å la vedkommende fortsette sitt arbeid...». ¹⁰³

Ankeutvalget sluttet seg til lagmannsrettens rettslige utgangspunkt. ¹⁰⁴

Som fremhevet i punkt 6.1.3 ovenfor, er stillingens nivå etter min mening en helt avgjørende faktor for at denne kjennelsen gikk i arbeidsgivers favør. I og med at arbeidstakeren var i en ledende stilling, var den manglende tilliten mellom ledelsen og arbeidstaker særlig alvorlig, og kunne ha store konsekvenser for driften av selskapet. Selv om arbeidstakers forhold ikke var av alvorlig karakter, var det – nettopp på grunn av hans ledende posisjon – tilstrekkelig til å konstatere «særlig tungtveiende grunner» for å frata han arbeidsoppgavene.

Det må derfor kunne konkluderes med at dersom arbeidstaker er i en ledende stilling og oppsigelsen skyldes forhold på hans side, er terskelen for å kunne frata han arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden lavere. Det samme må til en viss grad

¹⁰² RG-2009-945 (Borgarting).

¹⁰³ l.c.

¹⁰⁴ Rt-2009-1183 premiss 29.

være tilfelle der oppsigelsen skyldes forhold på arbeidsgiversiden eller der arbeidstaker selv sier opp. Samtidig er hovedregelen rett til arbeid, slik at virksomheten må påvise særlige grunner som nødvendiggjør et unntak i det konkrete tilfellet.

Til slutt nevnes at det særlig i disse tilfellene vil kunne være aktuelt med omplassering. Ofte er det funksjonene som daglig leder man ikke ønsker at arbeidstakeren skal utøve i oppsigelsestiden. Istedenfor kan han flyttes til andre oppgaver i virksomheten, for eksempel med opplæring av ny daglig leder. Der det foreligger omplasseringsmuligheter, taler dette mot å frata arbeidstakeren oppgavene.

6.4.2 Sannsynligheten for at oppsigelsen er ugyldig

Problemstillingen er her hvorvidt det er relevant å legge vekt på sannsynligheten for at oppsigelsen er ugyldig, når det skal avgjøres om arbeidstaker har rett til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden.

Etter forarbeidene til aml. § 15-11 er det «sannsynlige utfall av oppsigelsessaken [...] et relevant moment ved vurderingen av om det er rimelig at arbeidstaker skal fratre under sakens behandling».¹⁰⁵ Dette fremgår også av rettspraksis, blant annet i den såkalte Ringnessaken i Rt-2000-525, hvor det heter at «det sannsynlige, endelige utfall av prøvingen av oppsigelsen er et moment i denne vurderingen». Dersom det er sannsynlig at oppsigelsen er gyldig, skal det dermed mindre til for at arbeidstaker må fratre under sakens behandling.

Spørsmålet er om det tilsvarende gjelder ved vurderingen av fratakelse av arbeidet *i oppsigelsestiden*. Etter min mening er dette momentet ikke relevant her. Oppsigelsestiden er ikke en ekstraordinær prosessuell rett til å stå i stillingen ved tvist, slik som aml. § 15-11. Det er snarere en lov- og avtalefestet del av alle

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 238.

ordinære arbeidsforhold bedriften inngår. Det forhold at arbeidstaker er oppsagt, og at det er sannsynlig at oppsigelsen er gyldig, kan ikke i seg selv tale for at han ikke har rett til å arbeide i oppsigelsestiden. Det er nettopp ved gyldig oppsigelse at oppsigelsestiden begynner å løpe. Å tillegge dette momentet vekt i arbeidstakers disfavør ville gjøre prinsippet om oppsigelsestid illusorisk, og viske ut skillet mellom oppsigelse og avskjed.

Det må derfor konkluderes med at det sannsynlige utfallet av oppsigelsessaken, *ikke* kan være et relevant moment i vurderingen av hvorvidt det foreligger «særlig tungtveiende grunner » for å frata arbeidstaker oppgavene i oppsigelsestiden.

6.4.3 Konsekvenser for arbeidstaker

Det er klart at det i vurderingen om fratreden etter aml. § 15-11 (2) er relevant å vektlegge konsekvensene for arbeidstaker. Dette følger blant annet av forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 hvor det heter at «det skal foretas en helhetsvurdering av ulike momenter, herunder en vurdering av konsekvensene for arbeidstaker og virksomheten», og videre «den økonomiske belastning for partene...».¹⁰⁶ Spørsmålet er om dette gjelder tilsvarende *i oppsigelsestiden*.

I Investeringsrådverkjennelsen,¹⁰⁷ den underliggende lagmannsrettskjennelsen¹⁰⁸ og i de andre kjennelser fra lagmannsretten avsagt etter dette,¹⁰⁹ er konsekvensene for arbeidstaker ikke trukket inn som et avgjørende moment. I motsetning til ved fratreden etter aml. § 15-11 (2), beholder arbeidstaker retten til lønn selv om han blir fratatt arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Dette taler mot å tillegge konsekvensene for arbeidstaker særlig vekt.

¹⁰⁶ Begge Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 239.

¹⁰⁷ Rt-2009-1183.

¹⁰⁸ RG-2009-945 (Borgarting).

¹⁰⁹ LB-2010-152755 og LB-2010-160933.

Samtidig kan fratreden i oppsigelsen likevel få økonomiske konsekvenser for arbeidstaker. Det gjelder særlig der (deler av) lønnen er prestasjonsbasert, for eksempel gjennom akkordlønn, provisjoner eller bonuser. Når arbeidstaker fratas muligheten til å jobbe, fratas han samtidig muligheten til å opptjene disse prestasjonsbaserte ytelsene. Konsekvensen kan bli en stor økonomisk belastning for arbeidstaker.

Det er videre klart at retten til lønn ikke er det eneste beskyttelsesverdige hensynet. For det første er hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet avgjørende der det foreligger oppsigelsestvist. Blir arbeidstaker fratatt oppgavene allerede i oppsigelsestiden, kan det bli svært vanskelig å gjeninntre i stillingen dersom oppsigelsen kjennes ugyldig.

For det andre er det ovenfor i punkt 3.4.4 lagt til grunn at den ideelle verdien av å være i arbeid er sentral. Dersom arbeidstaker blir fratatt oppgavene vil det kunne få konsekvenser for flere av forholdene som er samlet under dette hensynet. Det gjelder mer indirekte konsekvenser som personlig belastning og manglende vedlikehold av kompetanse, men også mer uttalte konsekvenser.

Et eksempel på det sistnevnte er kravene til rekvalifisering for piloter. Dersom en pilot er ute av tjenesten over tre måneder må det blant annet gjennomføres flyvninger i simulator og annen opplæring. Blir han fratatt arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden, kan det dermed bli vanskeligere å komme tilbake i arbeid. Problemstillingen var oppe i Borgarting lagmannsretts beslutning av 2. februar 2010.¹¹⁰ Spørsmålet var om kjennelsen som ga pilotene rett til å stå i sine stillinger, skulle gis oppsettende virkning i påvente av ankebehandling. Rekvalifiseringskravene ble her ikke ansett avgjørende fordi ankebehandlingen var ventet å være avsluttet før kravene ble aktuelle. Ulempene dette kunne medføre for pilotene ble imidlertid drøftet som et relevant moment.

¹¹⁰ Forberedende beslutning til LB-2009-165616.

Ovennevnte taler for å vektlegge konsekvensene for arbeidstaker. Samtidig kan det sies at den relativt høye terskelen for å frata oppgaver i oppsigelsestiden, tar opp i seg en del av de mer ordinære konsekvensene. For å tillegge konsekvensene for arbeidstaker vesentlig vekt, bør det derfor etter min mening kunne kreves at det er tale om forhold av mer ekstraordinær karakter, som er av vesentlig betydning for arbeidstaker. Et eksempel kan være det ovennevnte rekvalifiseringskravet for piloter eller at store deler av inntekten er prestasjonsbasert.

Konklusjonen må derfor bli at konsekvensene for arbeidstaker er et relevant moment. Det bør imidlertid ikke tillegges avgjørende vekt, med mindre det gjelder konsekvenser av mer ekstraordinær karakter, som er av vesentlig betydning for arbeidstaker.

6.4.4 Særlige forhold ved virksomheten

Her drøftes noen momenter som gjelder særlige forhold ved virksomheten. Disse forholdene danner ikke grunnlaget for oppsigelsen, men de kan gjøre det særlig byrdefullt for bedriften å ha arbeidstaker sysselsatt i oppsigelsestiden.

6.4.4.1 Muligheter for omplassering

Hvorvidt det generelt er adgang til å omplassere arbeidstaker i oppsigelsestiden er nærmere omtalt i kapittel 4. Her er temaet omplassering som alternativ til å frata arbeidstaker oppgavene. Problemstillingen er hvorvidt det kan foreligge «særlig tungtveiende grunner» hvis det finnes muligheter for å omplassere arbeidstaker internt i bedriften.

I Investeringsrådverkjennelsen i Rt-2009-1183 fremhevet ankeutvalget nettopp mulighetene for omplassering som et relevant moment i denne vurderingen, uten

at det ble drøftet konkret i den aktuelle saken.¹¹¹ Der det foreligger muligheter for omplassering som bedriften ikke har utnyttet, må dette etter min mening trekke klart i retning av at det ikke foreligger «særlig tungtveiende grunner». I motsetning til ved fratreden etter aml. § 15-11 (2), er det snakk om arbeid i en kort og klart avgrenset periode. Omplassering vil derfor som regel være lettere for bedriften å utstå i disse tilfellene. Et moment i denne sammenhengen er bedriftens størrelse. I kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt-1992-1688 om fratreden for en oppsagt arbeidstaker på en kjøreskole, ble det vektlagt at bedriften kun hadde fire ansatte, og dermed var «mulighetene for alternativ plassering eller andre arbeidsoppgaver [...] sterkt begrenset».

Motsatt bør det til en viss grad tale *for* adgang til fratakelse av oppgaver at arbeidstaker har avslått rimelige forslag på omplasseringer, og bedriften ikke har annet egnet arbeid å tilby. Dette var tilfellet i Rt-1990-908, der en teknisk skipsinspektør ble oppsagt på grunn av nedbemanning. Han krevde å få stå i stillingen under oppsigelsessaken, men hadde avslått å gå over i stilling som maskinsjef. Da arbeidsgiver heller ikke hadde annet egnet arbeid å tilby, fant kjæremålsutvalget at han måtte fratre stillingen. Det samme er lagt til grunn i Arbeidslivslovutvalgets innstilling:

«*Utvalget* mener på denne bakgrunn at domstolene bør kunne legge vekt på det faktum at arbeidstaker har fått tilbud om annet arbeid ved urimelighetsvurderingen, i favør av en fratedelseskjennelse.»¹¹²

Samtidig er det grunn til ikke å overvurdere betydningen av dette momentet. Som omtalt i kapittel 4 er styringsretten i utgangspunktet ikke videre i oppsigelsestiden. Arbeidsgiver kan derfor ikke gjøre større omplasseringer enn under det løpende arbeidsforholdet. At arbeidstaker avslår en omplassering til *ulikeartet* arbeid bør ikke tale mot ham i en sak om fratakelse av oppgaver i

¹¹¹ Rt-2009-1183 premiss 27.

¹¹² NOU 2005:4 s. 335.

oppsigelsestiden, med mindre dette er det eneste egnede arbeidet bedriften har å tilby.

Konklusjonen må bli at uutnyttede muligheter for omplassering må trekke klart i retning av at det ikke foreligger «særlig tungtveiende grunner». Samtidig vil arbeidstakers avvisning av en rimelig omplassering etter omstendighetene kunne trekke i motsatt retning.

6.4.4.2 Den økonomiske belastningen for bedriften

I forarbeidene og rettpraksis angående aml. § 15-11 er det lagt til grunn at hensynet til den økonomiske belastningen for arbeidsgiver kan vektlegges.¹¹³ Dette momentet vil ha liten overføringsverdi til vurderingen av fratreden i oppsigelsestiden, fordi lønnsforpliktelsen uansett vil bestå.¹¹⁴ Det kan muligens tenkes at den økonomiske belastningen for eksempel får betydning der en bedrift i økonomisk uføre pådrar seg store ekstra kostnader til lokaler, maskiner, lisenser e.l. for å sysselsette arbeidstaker i oppsigelsestiden. Etter min mening skal det imidlertid svært mye til før den økonomiske belastningen er så stor at den alene må regnes som en «særlig tungtveiende grunn» for å frata arbeidstaker oppgavene i oppsigelsestiden. Som ledd i helhetsvurderingen må imidlertid momentet anses relevant, om enn med begrenset vekt.

6.4.4.3 Virksomhetens art og bransje

Det kan tenkes at arten av virksomheten som bedrives og hvilken bransje bedriften tilhører er relevant i vurderingen av om arbeidstaker kan fratas arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden.

¹¹³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 239, og bl.a. Rt-1991-330 og Rt-1992-1688.

¹¹⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 336.

Det kan for det første være tilfelle i særlig *konkurransesensitiv virksomhet*. Selv om arbeidstaker også i oppsigelsestiden har en lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver,¹¹⁵ kan virksomheten ha et beskyttelsesverdig behov for å forhindre at arbeidstaker sitter på konkurransesensitiv informasjon idet han forlater virksomheten. Er det i tillegg tvist om oppsigelsen, hvor forholdene mellom partene gjerne er mer anspent, kan det være særlig grunn til å forsikre seg om at slik informasjon ikke blir misbrukt.

Dette momentet var fremme i den omtalte kjennelsen i RG-2010-488 (Borgarting). Den oppsagte daglige lederen hadde ikke foretatt illojale handlinger overfor selskapet, men det var klart at han ville starte opp konkurrerende virksomhet etter utløpet av oppsigelsestiden. I vurderingen av hvorvidt det var mulig å frata han oppgavene i oppsigelsestiden, la lagmannsretten blant annet vekt på at «selskapet [hadde] et åpenbart behov for å beskytte seg mot mulig illojal aktivitet i oppsigelsestiden.»

At bedriften opererer i en særlig *person- og tillitsfokuset* bransje kan også spille inn. Det var tilfelle i Investeringsrådgiverkjennelsen i Rt-2009-1183. Selskapet drev kapitalforvaltning for profesjonelle aktører i det internasjonale finansmarkedet. Selskapets renommé og finansmarkedets tillit til dets investeringsrådgivere var således helt avgjørende for selskapets eksistens. I avgjørelsen av om arbeidstaker kunne fratas arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden, la lagmannsretten vekt på at selskapet «opererte i en bransje hvor tillit er en avgjørende faktor»,¹¹⁶ noe ankeutvalget sluttet seg til.¹¹⁷

Dersom selskapet driver særlig konkurransesensitiv virksomhet, eller er i en særlig person- eller tillitsfokuset bransje, kan dette således tale for en lavere terskel for å frata arbeidstaker oppgavene i oppsigelsestiden.

¹¹⁵ Jakhelln (2007) s. 318.

¹¹⁶ RG-2009-945 (Borgarting).

¹¹⁷ Rt-2009-1183 premiss 28.

7 Avtaleregulering av retten til å utføre arbeid

7.1 Arbeidsmiljølovens ufravikelighet

I henhold til aml. § 1-9 kan loven «ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt». Som hovedregel er det med andre ord ikke adgang til å avtale ordninger som er mindre gunstig for arbeidstaker enn det som følger av loven. Spørsmålet i de neste punktene blir derfor om ufravikelighetsbestemmelsen er til hinder for at arbeidstaker frasier seg retten til å arbeide i oppsigelsestiden.

7.2 Fratredelsesavtale

Det er klart at arbeidstaker i forbindelse med en fratredelsesavtale – *etter* at oppsigelsen er gitt – kan frafalle sine rettigheter.¹¹⁸ På dette tidspunktet er det med andre ord også adgang til å avtale at arbeidstaker ikke skal arbeide i oppsigelsestiden.¹¹⁹ Inngår arbeidstaker slik avtale, er han bundet av den, og kan ikke senere kreve å få arbeide i oppsigelsestiden. Forutsetningen er at han ikke har blitt presset til å godta en slik opphørsavtale. Et tilfelle hvor avtalen ble kjent ugyldig er RG-2000-719, hvor retten fant at daglig leder i praksis hadde presset arbeidstaker til å godta langt dårligere vilkår enn det som følger av loven. I følge lagmannsretten er forutsetningen for at en slik avtale skal stå seg, at forhandlingene «foregår i former som er i samsvar med intensjonene bak arbeidsmiljølovens regler».¹²⁰

¹¹⁸ Fanebust (2001) s. 18 og Fougner (2006) s. 121.

¹¹⁹ Jakhelln (2010) note 2.

¹²⁰ RG-2000-719 (Borgarting).

7.3 Forhåndsavtale

Problemstillingen her er hvilken adgang det er til å avtaleregulere retten til arbeid i oppsigelsestiden *før* oppsigelsen er gitt.

7.3.1 Særlig om virksomhetens øverste leder

For virksomhetens øverste leder er stillingsvernreglene ikke preseptoriske. I forbindelse med en forhåndsavtale om etterlønn ved fratreden, kan lederen frasi seg stillingsvernet, herunder retten til å arbeide i oppsigelsestiden. Dette følger av aml. § 15-16 (2). For en arbeidstaker på ledernivå kan det derfor tenkes ulike avtaleløsninger som gyldig fratar vedkommende retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

7.3.2 Oppsigelse fra arbeidsgiver

Retten til å stå i stilling ved oppsigelsestvist i aml. § 15-11 er grunnleggende for stillingsvernet, og skal sikre arbeidstaker mot usaklige oppsigelser. Det må derfor være klart at en forhåndsavtale som fratar arbeidstaker retten til å stå i stilling ved oppsigelsestvist ville stride mot ufravikelighetsbestemmelsen i aml. § 1-9, og således være ugyldig.¹²¹

Spørsmålet er om det samme må gjelde retten til å arbeide *i oppsigelsestiden*. I Investeringsrådgiversaken hadde partene i arbeidsavtalen avtalt at arbeidstaker kunne pålegges å fratre i oppsigelsestiden. For lagmannsretten anførte arbeidstaker at dette måtte settes til side som ugyldig, jf. aml. § 1-9. Retten tok ikke stilling til dette, men uttalte:

«... meget taler for at det må løses ut fra en helhetsvurdering av vilkårene i ansettelsesavtalen, som på andre punkter gir arbeidstakeren langt bedre vilkår enn de som følger av arbeidsmiljøloven».¹²²

¹²¹ Jakhelln (2007) s. 468.

¹²² RG-2009-945 (Borgarting).

Lagmannsretten løste spørsmålet på annet grunnlag, og Høyesteretts ankeutvalg¹²³ tok derfor heller ikke stilling til ugyldighetsspørsmålet.

Lagmannsretten synes å antyde at en forhåndsavtale som fratar arbeidstaker retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden, ikke nødvendigvis strider mot ufravikelighetsbestemmelsen i § 1-9. Uttalelsens rettskildemessige verdi er imidlertid ikke stor, idet den fremkommer i et obiter dictum og stammer fra en underinstans. Videre var arbeidstakeren utvilsomt en nøkkelperson i bedriften, selv om det var tvil om han skulle anses som virksomhetens øverste leder, slik at avtaleadgangen hadde vært friere. Dette kan ha gjort retten mer villig til å godta en slik avtaleregulering.

En avtale om at arbeidstaker må fratre i oppsigelsestiden hvis arbeidsgiver går til oppsigelse, er etter min mening vanskelig å forene med aml. § 1-9. Retten til å stå i stillingen hvis arbeidstaker blir oppsagt er grunnleggende for stillingsvernet, og omfatter også retten til å *utføre arbeid*.¹²⁴ At arbeidsavtalen ellers gir arbeidstaker gunstigere ordninger ved oppsigelse enn loven, for eksempel økonomisk kompensasjon, ivaretar ikke et av hovedhensynene bak retten til å stå i stilling, nemlig å gjøre det praktisk mulig å gjeninntre i stillingen ved ugyldig oppsigelse. Dette taler for at en slik bestemmelse i arbeidsavtalen neppe kan anses gyldig.

7.3.3 Oppsigelse fra arbeidstaker

Utgangspunktet må være at arbeidstaker har rett til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, også når han sier opp selv. Likevel er det visstnok utbredt innenfor visse bransjer å avtale i arbeidsavtalen at arbeidstaker må fratre i

¹²³ Rt-2009-1183.

¹²⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 235.

oppsigelsestiden.¹²⁵ Forholdet til ufravikelighetsbestemmelsen i disse tilfellene synes ikke avklart i rettspraksis.

Det kan spørres om arbeidstaker har et beskyttelsesverdig behov for å utføre arbeid i oppsigelsestiden når han sier opp selv, og på forhånd har avtalt å måtte fratre. Det foreligger ikke tvist om oppsigelsens gyldighet, og hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet er derfor ikke avgjørende. Arbeidstaker er klar over at han har avtalt fratreden i oppsigelsestiden, og han kan tilpasse oppsigelsestidspunktet etter dette. Det er i stor utstrekning arbeidstaker som er herre over situasjonen, i motsetning til i de ovennevnte tilfeller hvor arbeidsgiver går til oppsigelse.

Mye taler derfor for at det må bero på en helhetsvurdering av arbeidsavtalen, slik at en avtale om at arbeidstaker må fratre i oppsigelsestiden ved *egen* oppsigelse, kan stå seg dersom andre betingelser i avtalen samlet stiller arbeidstaker bedre.

¹²⁵ Anført av arbeidsgiver i RG-2009-945 (Borgarting).

8 Noen prosessuelle spørsmål

8.1 Krav om midlertidig forføyning

Krav om å utføre arbeid i oppsigelsestiden må fremmes som midlertidig forføyning etter tvistelovens kapittel 34. Dette fremgår for det første av forarbeidene til arbeidsmiljøloven 2005, hvor det heter at utestenging innenfor oppsigelsestiden ikke kan fremmes som krav etter aml. § 15-11, men må følge «de alminnelige reglene om midlertidig forføyning i tvangsfullbyrdsesloven».¹²⁶ I Rt-2009-1183 uttalte ankeutvalget:

«Da saken gjelder spørsmål om rett til å stå i stillingen i oppsigelsestiden, har byfogdembetet og lagmannsretten korrekt behandlet saken etter tvisteloven kapittel 34...».¹²⁷

8.2 Rettslig interesse

Selv for midlertidige forføyninger kan saksbehandlingstiden for domstolene være såpass lang at oppsigelsestiden er ute før saken behandles. Dermed oppstår det spørsmål om arbeidstaker fortsatt har rettslig interesse i å få prøvet spørsmålet, jf. tvisteloven § 1-3.

I Investeringsrådverkjennelsen i Rt-2009-1183 gikk oppsigelsesfristen ut omtrent på tidspunktet for domsavsigelsen i ankeutvalget. Ankeutvalget fant likevel at arbeidstaker hadde rettslig interesse i å få prøvet spørsmålet, da avgjørelsen kunne ha betydning for et krav om å bli stående i stillingen etter aml. § 15-11, og for krav om erstatning.

¹²⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 336-337. Reglene er senere flyttet fra tvangsfullbyrdsesloven til tvisteloven.

¹²⁷ Rt-2009-1183 premiss 23.

Under henvisning til Rt-2009-1183 ble tilsvarende lagt til grunn i Borgarting lagmannsretts kjennelse av 25. oktober 2010, selv om oppsigelsesfristen var utløpt nesten to måneder før avsigelsen:

«Lagmannsretten antar at avgjørelsen om midlertidig forføyning for krav om arbeid i oppsigelsestiden kan ha betydning for kravet om fratreden – et krav som er gjenstand for skriftlig behandling ved Moss tingrett – og finner derfor at sykehuset har rettslig interesse i ankesaken vedrørende retten til gjeninntreden.»¹²⁸

Etter dette må det legges til grunn at arbeidstaker vil kunne tilfredsstille kravet til aktualitet i tvisteloven § 1-3 (2) selv om oppsigelsesfristen er utløpt.

Forutsetningen må være at avgjørelsen kan ha betydning for andre krav mellom partene, for eksempel krav om fratreden eller erstatning for ugyldig oppsigelse.

¹²⁸ LB-2010-160933

9 Kilder

9.1 Lover

- 1975 Sjømannslov av 30. mai 1975 nr. 18 (sjømannsloven)
- 1977 Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
(arbeidsmiljøloven 1977 – opphevet)
- 1983 Lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.
(tjenestemannsloven)
- 1992 Lov av 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)
- 1997 Lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)
- 1998 Lov av 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa
(opplæringslova)
- 2005 Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven - aml.)
- 2005 Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
(tvisteloven)

9.2 Forarbeider

- Ot.prp.nr.41 (1975-1976) Arbeidervern og arbeidsmiljø
- Ot.prp.nr.50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
- Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp.nr.24 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven)
- NOU 1992:20 Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle
- NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget - Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

9.3 Litteratur

- Evju, Stein og Henning Jakhelln m.fl. *Arbeidsrettslige emner*. Oslo, 1979.
- Evju, Stein. *Rett til å stå i stillingen?* I: Lov og rett. 1980, s. 342-357.
- Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 4. utg. Oslo, 2001.
- Fougner, Jan og Lars Holo. *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave*. Oslo, 2006.
- Fougner, Jan. *Endring i arbeidsforhold. Styringsrett og arbeidsplikt*. Oslo, 2007.
- Friberg, Odd. *Arbeidsmiljøloven*. 6. utg., 4. opplag. Oslo, 1996.
- Jakhelln, Henning. *Kommentar til arbeidsmiljøloven § 1-9*. I: Arbeidsrett.no.
Kommentarer til arbeidsmiljøloven (nettversjon). [Sisert 23.11.2010].
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4 utg., 2. opplag. Oslo, 2007.
- Johnsen, Stig Åkenes. *Kommentar til arbeidsmiljøloven § 15-3*. I: Arbeidsrett.no.
Kommentarer til arbeidsmiljøloven (nettversjon). [Sisert 23.11.2010].
- Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund. *Arbeidslivets spilleregler*. Oslo, 2006.
- Sundet, Tron. *Litt om ny begjæring om fratreden eller gjeninntreden i samme sak*. I: Arbeidsrett. 2006, s. 115-124.
- Øverberg, Ole Kristen. *Kommentar til arbeidsmiljøloven § 15-11*. I: Arbeidsrett.no.
Kommentarer til arbeidsmiljøloven (nettversjon). [Sisert 23.11.2010].

9.4 Dommer

Rt-1964-1345	Rt-1997-1941
Rt-1979-770	Rt-1999-1998
Rt-1984-398	Rt-2000-1602
Rt-1988-1418	Rt-2000-525
Rt-1990-908	Rt-2000-739
Rt-1990-908	Rt-2002-712
Rt-1991-330	Rt-2004-1413
Rt-1992-1688	Rt-2005-518
Rt-1992-776	Rt-2009-1183
Rt-1993-1283	HR-2010-767-U

RG-1991-1106 (Tønsberg byrett)

RG-1996-202 (Eidsivating)

RG-2000-719 (Borgarting)

RG-2006-1647 (Hålogaland)

RG-2009-945 (Borgarting)

RG-2010-488 (Borgarting)

LB-2008-50901 (Borgarting)

LA-2009-128694 (Agder)

LB-2009-165616 (Borgarting)

LF-2010-77904 (Frostating)

LB-2010-137547 (Borgarting)

LB-2010-152755 (Borgarting)

LB-2010-160933 (Borgarting)

Borgarting lagmannsretts beslutning av 2. februar 2010

TOBYF-2009-60163 (Oslo byfogdembete)

Oslo tingretts kjennelse av 27. juli 2010

Drammen tingretts kjennelse av 19. august 2010

Moss tingretts kjennelse av 7. september 2010